FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



TESIS DOCTORAL

GÉNESIS Y FORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

[UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA]

MARIA PAZ MESA-MOLES MARTEL

2007

INFORME DEL DIRECTOR DE LA TESIS DOCTORAL

D. Fernando Suárez Bilbao, con DNI núm.: 50.707.846-E, profesor de Historia del Derecho del departamento de Ciencias Histórico-Jurídicas y Humanísticas de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, como director de la tesis doctoral realizada por Dña. Maria Paz Mesa-Moles Martel, con el título "Génesis y Formación del Derecho Internacional Privado, una aproximación histórica", certifica que la misma cumple los requisitos científicos y académicos, pudiendo procederse a su defensa conforme a lo establecido por el R.D. 56/2005, de 21 de Enero.

Y para que así conste, expide y firma la presente en Móstoles, a 11 de abril de 2007.

Fernando Suárez Bilbao

UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GÉNESIS Y FORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

[UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA]

MARÍA PAZ MESA-MOLES MARTEL
2007

Historia est magister vitae
En recuerdo a las enseñanzas de mi padre
Al magisterio de Roberto Mesa
Y en testimonio de respeto a la labor de mi marido

Página

Introducción 17

Capitulo I
LOS ANTECEDENTES:
EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA GRECIA DE LAS CIUDADES 29

I. Los caracteres básicos de las unidades políticas autónomas y de sus relaciones recíprocas en el mundo griego. 30
1. El marco constitucional de las ciudades griegas y su entorno internacional... 31
2. Los fundamentos políticos de las πολεισ y de su organización jurídica.. 33
3. Comercio y relaciones entre las ciudades griegas.... 38
4. Derecho internacional privado y extranjería en las πολεισ griegas.. 40
5. Ciudadanía y extranjería en la Grecia de las ciudades... 47

II. Análisis de la estructura jurídico-política de la πολισ y su influencia sobre el tratamiento del tráfico externo. 53
1. La autonomía de las πολεισ griegas......................... 53
2. La íntima relación entre πολισ y πολιται.............. 57
3. La relación entre el derecho y el factor religioso...... 60
4. De la personalidad y de la territorialidad del Derecho y de su significado en la Grecia de las ciudades... 65

III. El Derecho internacional privado en la Grecia de las ciudades. 71
1. La condición del extranjero y su acceso a la justicia... 71

2. El discurso de Demóstenes en el asunto de Lácrito.. 75
3. El discurso de Isócrates en el asunto conocido como la Eginética.. 79
4. Justicia y Derecho en el discurso Eginético............. 87

Página

Capítulo II

EL TRATAMIENTO DE LOS CONFLICTOS DE LEYES EN EL MUNDO ROMANO 91

I. INTRODUCCIÓN. 91
1. Consideraciones preliminares........................... 92
2. Los caracteres básicos de la comunidad política romana y la estructura de sus relaciones exteriores... 97
2.1.Territorio y Derecho en Roma................... 99
2.2. La estructura del mundo romano y el marco de sus relaciones exteriores.............................. 108
3. Algunas conclusiones....................................... 112

II. LOS CARACTERES BÁSICOS DEL MUNDO ROMANO Y SU ORGANIZACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA. 115
1. Conformación política y jurídica romana. Sus elementos básicos.. 116
2. El sentido de la personalidad jurídica en las bases de la construcción romana.......................... 120
3.La personalidad de las leyes y su ámbito de aplicación en el mundo romano............................ 125
4. La evolución de los presupuestos de partida..... 127
5. Una aproximación a la trilogía jurídica romana... 131

III. UNA APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE LEYES EN EL MUNDO ROMANO. 137

1. El tráfico externo en el mundo romano............ 137
2. El acceso de los peregrinos a la justicia........... 139
3. El Derecho aplicable a las relaciones de tráfico

externo en el ámbito romano................................ 144
4. La resolución de los supuestos de tráfico externo en el mundo romano. Una visión global... 151

Página

Capítulo III
LA EDAD MEDIA Y LOS ORIGENES DE LA REFLEXIÓN CIENTÍFICA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 157

I. EL TRÁNSITO DE LA EDAD ANTIGUA A LA EDAD MEDIA. 157

1. Los datos de base.. 157
2. El comercio jurídico intergrupal; los conflictos de leyes y sus técnicas de solución........................... 163
3. Los orígenes de la territorialización y la pervivencia de las fórmulas clásicas................. 171
4. La invasión árabe y la sociedad señorial hasta el siglo XIII.. 174

II. LOS ORÍGENES CIENTÍFICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA EDAD MEDIA. 182

1. Introducción... 182
2. Hacia la territorialización del concepto “estado”... 185
3. La cobertura jurídica unitaria........................ 188
4. La delimitación del ámbito de aplicación de cada uno de los Derechos particulares. Los inicios de la reflexión científica........................ 192

III. LA ELABORCIÓN DE UNA PREMISA BÁSICA: EL DERECHO APLICABLE A LA CUESTIÓN LITIGIOSA NO TIENE POR QUÉ SER LA LEY DEL TRIBUNAL QUE LA JUZGA. 203

1. Los antecedentes necesarios.......................... 203
2. La síntesis de la construcción y el tránsito a otra época... 207

Página

Capítulo IV

EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE LAS MONARQUÍAS INDEPENDIENTES 215

I. LA SOCIEDAD INTERNACIONAL EN LA EUROPA DEL RENACIMIENTO. 215

1. Aproximación a las nuevas concepciones sobre el "Estado" y la "Sociedad Internacional"............. 215
2. Las construcciones de Dumoulin y D'Argentré.. 218

II. LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. DE WESTAFALIA A UTRECHT. 226

1. La sociedad internacional del siglo XVII. El modelo de Westfalia.. 226
2. El inicio de las modernas corrientes................... 230

III. AVANCES Y CATALOGACIÓN DE FÓRMULAS EN EL SIGLO XVIII. DEL TRATADO DE UTRECHT HASTA LOS UMBRALES DE UN NUEVO RÉGIMEN. 239

1. Introducción.. 239
2. La incidencia de los nuevos rasgos sobre las doctrinas relativas al "conflicto de leyes".............. 241
3. El desarrollo doctrinal durante el siglo XVIII y su expansión.. 247
   3.1. El estatuto personal y la estatutaria francesa... 247
   3.2. La expansión del planteamiento estatutario. 249
4. La catalogación de fórmulas y la formulación de reglas.. 253
   4.1. Síntesis de la construcción de Vattel.......... 253
   4.2. La construcción de Boullenois.................... 256

IV. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL EXTRANJERO. ALGUNAS REFLEXIONES. 262

Página

Capítulo V

LAS BASES DEL MODERNO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 269

I. EL TRÁNSITO DEL SIGLO XVIII AL XIX. 269

1. Los datos de base... 269
2. Dos modelos de construcción doctrinal del siglo XIX: Story y Wächter.............................. 274

II. LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SIGLO XIX. 280

1. Estado nacional, ley nacional y codificación estatal... 280
   1.1. La nacionalidad como expresión natural de la unidad grupal básica.............................. 282
   1.2. La nacionalidad como mero cambio en la titularidad de la soberanía............................... 287
2. La sociedad internacional de Estados civilizados. Universalismo, internacionalismo y codificación internacional.................................. 297
   2.1. El universalismo como método............... 297
   2.2. La construcción de Savigny como paradigma del Derecho internacional privado contemporáneo.... 300
   2.3. El método internacional.......................... 311
3. Las transformaciones metodológicas: del iusnaturalismo al positivismo. El proceso de racionalización del sistema................................. 316

Página

Capítulo VI

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE NUESTRO TIEMPO 321

I. LA EVOLUCIÓN DOCTRINAL DESDE FINALES DEL SIGLO XIX AL ÚLTIMO TERCIO DEL SIGLO XX. 321

1. La situación del Derecho internacional privado en los dos primeros tercios del siglo XX. 321

1.1. La bilateralización de las normas de conflicto y la consolidación del multilateralismo como técnica de base. 323

1.2. La crisis y sus causas. 330

2. La revisión de los planteamientos de Von Savigny. 333

3. El modelo resultante y su crisis. 336

3.1. Un ejemplo de cristalización legislativa de la técnica multilateral. 337

3.2. Unos ejemplos jurisprudenciales que alentaron la crítica al modelo multilateral y algunas consecuencias que de ello se derivaron. 339

3.3. El método de Savigny, la técnica multilateral y la crisis del paradigma. 343

II. LAS CONSTRUCCIONES DOCTRINALES CONTEMPORÁNEAS. 347

1. El nuevo marco internacional de encuadre. 347

2. La nueva conformación de la sociedad internacional y el llamado “conflicto de leyes”. 349

2.1. El escenario de la integración y de la armonización internacional de las soluciones. La Unión Europea como paradigma. 350

2.2. El escenario de la coordinación. 356

2.3. El escenario de la cooperación. 357

2.4. El escenario de la confrontación. 360

III. EL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LOS INICIOS DEL SIGLO XXI. 363

1. La Sociedad Internacional contemporánea y su incidencia sobre el Derecho internacional privado actual. El paradigma de la globalización. 363

2. La incidencia de las transformaciones en el sistema de fuentes y sus repercusiones sobre el Derecho internacional privado actual. 368

2.1. El problema de las fuentes del Derecho. 368

2.2. El principio de jerarquía normativa y el Derecho internacional privado. 374

3. La consolidación de la figura del extranjero en la época actual. 378

CONCLUSIONES. 385

INDICE DE AUTORES CITADOS

INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional privado constituye un sector del Ordenamiento integrado por un conjunto de principios y normas destinados a cumplir una doble función:

1. La de determinar que efectos producen en un Sistema jurídico dado las situaciones y relaciones jurídicas que han nacido, se han transformado o extinguido al amparo de normas o decisiones de otros Derechos. Se trata de realidades jurídicas que existen a la luz de otros Sistemas. Pues bien, el grupo de disposiciones que integran esta rama del Derecho son las que establecen las condiciones que han de cumplirse para que puedan o no puedan ser reconocidas esas situaciones o relaciones de derecho en otro Ordenamiento distinto del que las configuró.
2. La de transformar en situaciones o relaciones jurídicas aquellos acaeceres o comportamientos de hecho que resultan extraños al Sistema por incorporar en su economía interna un factor extranjero; es decir, un elemento que manifiesta una relevante vinculación con otro Derecho.

En estos dos casos –y en muchas otras variantes funcionales que de ellos se derivan- el problema estriba en abrir el Sistema jurídico propio a las disposiciones normativas de otros Ordenamientos. Unas veces es preciso determinar si la relación matrimonial constituida al amparo del Derecho francés, por ejemplo, es

susceptible de ser recibida en España como una auténtica relación matrimonial o no. Otras veces de lo que se trata es de determinar si el Derecho español puede constituir una relación matrimonial *ex novo* entre un español y un extranjero o entre dos extranjeros entre sí, sin tomar en cuenta lo que diga el Ordenamiento al que se vincula una de las partes. Se trata de supuestos susceptibles de ser regulados por más de un ordenamiento jurídico autónomo y, en la mayoría de los casos, no se dispone de una estructura jurídica superior que establezca unos cauces específicos destinados a determinar cuando hay que aplicar uno u otro de esos Derechos. Ante esta situación, es necesario que cada Sistema jurídico concreto establezca de forma autónoma una guía que le permita reconocer y constituir situaciones o relaciones de derecho que, por su extranjería, resultan heterogéneas con respecto a las que se hallan reguladas en sus normas internas. Como tendremos ocasión de ver a lo largo de estas páginas, ignorar la regulación de este sector del tráfico jurídico hubiese impedido todo comercio jurídico entre los pueblos. La apertura a normas y decisiones extranjeras y el establecimiento de unas reglas *ad hoc* ha constituido una necesidad que no ha podido ser ignorada a lo largo de la historia del Derecho.

La fundamentación jurídica que se ha ido utilizando en cada periodo de la historia para justificar la aplicación de una ley más allá de su ámbito de eficacia primario ha ido variando a lo largo de la historia, dependiendo casi siempre del modelo organizativo de la Sociedad Internacional y de las concepciones jurídicas de cada época.[1]

---

[1] Vid. Aguilar Navarro "*Derecho internacional Público*" Tomo I Volúmen I Madrid 1952 págs. 38-54.-

Vamos a partir de una definición clásica del Derecho internacional privado para considerarlo como una rama jurídica autónoma, que en el seno de cada ordenamiento particular, atiende a regular de manera global y a través de técnicas especiales un sector del comercio jurídico que se caracteriza por incluir elementos de hecho o de derecho que resultan extraños al sistema. El concepto final resultante de estas premisas y la precisión conceptual de cada uno de sus elementos que las integran, son variables dependientes de dos premisas históricas:

1. De la conformación del modelo de Sociedad Internacional y del Derecho que la rige; y
2. Del concepto y modelo de Sistema jurídico que se ha ido decantando en cada momento histórico;

Los métodos de regulación utilizados en la antigüedad fueron muy distintos de los que se comenzaron a emplear a partir de los primeros movimientos estatutarios debido a las diferencias entre los caracteres socio-jurídicos del periodo clásico y los de la Alta Edad Media. Desde la frontera del cambio que se produjo entre los siglos XII y XIII se inició una trayectoria que culmina con las concepciones que hoy se sustentan. A lo largo de esta memoria doctoral trataremos de bosquejar un cuadro expresionista de la evolución de esta rama del Derecho.

En última instancia el objeto de la presente investigación se concreta en la verificación de la siguiente hipótesis: La mayoría de la doctrina ha situado en el tiempo los orígenes del Derecho internacional privado al hilo del cambio que se produce aproximadamente en torno al siglo XIII, es decir, cuando en palabras de Carrillo Salcedo, se advierte por primera vez una

preocupación “ *por la reglamentación jurídica de las relaciones y situaciones afectadas por la diversidad de los sistemas jurídicos mediante la determinación del Derecho que debía regirlas*” [2]. Esta ubicación cronológica de los indicios del desarrollo científico del Derecho internacional privado, aunque ampliamente compartida por la doctrina [3], no ha impedido que un considerable número de investigadores haya realizado aproximaciones a periodos históricos más antiguos en busca de nuevos antecedente de la reglamentación del tráfico externo; entre estos, paradójicamente, resulta frecuente encontrar quienes aluden al funcionamiento de expedientes de solución sensiblemente similares a los de la actualidad. Nosotros no hemos hallado indicios de métodos que, en puridad, resulten afines a los utilizados con posterioridad a excepción hecha de los que actuaron en el ámbito del comercio internacional. Ahora bien, lo que si ha llamado nuestra atención ha sido el estrecho paralelismo que guardan con las actuales, las soluciones logradas mediante esos diferentes métodos. En este orden de ideas, nuestro trabajo se orienta a retener los elementos técnicos principalmente empleados para la solución de los problemas de tráfico externo, a analizar los caracteres de éste tráfico en cada periodo y a estudiar las soluciones obtenidas, con la finalidad de comprobar si, en realidad, lo que llamamos orígenes de la reflexión científica del Derecho internacional privado, no es sino un esfuerzo de racionalización global basado en estas soluciones.

---

[2] Vid. Carrillo Salcedo “*Derecho internacional privado*” Madrid (UNED) 1979 pág. 15.-

[3] En efecto, habitualmente, los estudiosos de la historia del Derecho internacional privado, sitúan en los primero movimientos estatutarios sus puntos de partida. Vid. Lainé en “*Droit internacional privé*” Volúmen I Paris 1888 (Vid. la reimpresión de 1970 en Glashüten in Taunus págs. 45 y ss).-

En efecto, los nuevos caracteres constitucionales de las comunidades políticas jurídicamente autónomas y los de sus respectivos marcos de relaciones exteriores en los siglos XII y XIII, debieron impulsar un movimiento de reflexión tendente a deducir un método técnico capaz de proporcionar respuestas satisfactorias al tráfico internacional de los particulares. En este contexto, la racionalización de los resultados casuísticos de la practica antigua y medieval y la adaptación de las líneas básicas de solución heredadas, -dentro del marco de la recepción del derecho común-, constituyeron piezas claves del sistema articulado por los autores del cambio. En este orden de cosas, no resulta, pues, extraño encontrar afinidades entre la antigüedad y la actualidad, en la medida en la que en sus orígenes la doctrina se nutrió de la antigua práctica. Los antecedentes habría que buscarlos por tanto, en las soluciones más que en las técnicas, ya que de estas solo perduran, tras un profundo proceso de transformación y adaptación, algunas directrices jurídicas de base.

Entre las razones que han llevado a establecer el punto de partida del análisis histórico del Derecho internacional privado en la frontera del cambio que se produce en torno a los siglos XII y XIII[4], destaca el que es precisamente éste el momento en el que puede apreciarse con una cierta nitidez -al menos "aparente"[5]- la separación entre la determinación del tribunal competente y la selección derecho aplicable (distinción entre *forum* y *ius*)[6]. Se trata

[4] Situamos en torno a esa época la frontera del cambio, en línea con González Campos; Vid. "Les liens entre la compétence judiciaire el la compétence legislative en Droit international privé" en *R.C.A.D.l.* 1976/IV págs. 248 y ss.-

[5] Vid. González Campos en *ob. cit*.(nota 4) págs. 248 y 255 y ss.-

[6] Vid. Carrillo Salcedo en *ob. cit.* (nota 2) pág. 15.-

de la construcción llevada a cabo por los glosadores Balduinus y Odofredus que consistía en distinguir entre los estatutos relativos a la conducción del proceso (*statuta ad ordinandam litem*) y los atinentes a la resolución del fondo del asunto (*statuta ad decidendam litem*). Se asentaban así los cimientos para una separación entre el Foro y el Derecho aplicable que transformaría la técnica en la que hasta entonces se habían fundamentado, al menos teóricamente, la mayoría de las soluciones adoptadas en los Derechos de la antigüedad. La doctrina mayoritaria ha venido entendiendo que, hasta entonces, existió siempre una rígida relación entre el tribunal y ley que había impedido plantearse en términos generales el aplicar una ley extranjera en el foro

La posible separación entre el juez y la norma aplicada, que se consagraría siglos después de la obra de Odofredo, abriría el camino de una nueva metodología, basada en un unilateralismo pleno. Comenzó a entenderse que la vocación de aplicación de cada precepto para regular un determinado asunto debería ser respetada y debería permitirse hacerla efectiva en un orden jurídico distinto al suyo. Obviamente todo este proceso se produjo a lo largo de un camino que ya estaba iniciado en los orígenes de la estatutaria (y probablemente mucho antes) que culminaría en un sistema de caracteres más parecidos a los que ahora nos resultan familiares. No obstante, no todas las técnicas utilizadas en los periodos antiguos desparecieron. Algunas perduraron –aunque sufriendo mutaciones- y otras tardaron mucho en extinguirse a través de un largo y progresivo proceso. Al llegar a la línea del cambio la inercia de la historia había decantado tres elementos que confluyeron en los umbrales de la nueva situación:

1. Los principios que cruzaron la barrera de la transición y que, tras experimentar una transformación radical en su propia esencia, se convirtieron en factores conformadores del nuevo sistema.

2. Las técnicas que agotaron su sentido en la vieja estructura y que desaparecieron dejando espacio a nuevas metodologías.

3. Las que evolucionaron progresivamente sin sufrir grandes alteraciones en su propia esencia.

Para entender mejor el papel que juegan estos elementos en el tránsito del viejo al nuevo modelo vamos a utilizar tres ejemplos. En lo que se refiere al primero, el principio de la personalidad del Derecho podría resultar altamente ilustrativo. Se trata de un mecanismo que cruzó la barrera de la transición pero sufriendo grandes transformaciones en su esencia. La ecuación "*persona-norma-religión-ciudad* " que caracterizaba los derechos antiguos, evolucionó hasta resultar prácticamente irreconocible; pero el principio "*Statuta non ligat nisi subditos*" cimentó las bases de las nuevas construcciones científicas y la relación entre la ley y el súbdito y, posteriormente, la vinculación primaria entre el ciudadano y el Derecho de su nación fueron instrumentos fundamentales para solucionar los problemas generados por la colisión entre los distintos Derechos (el llamado conflicto de leyes).

En lo que respecta a los elementos que agotaron su sentido, aunque de un modo muy gradual, puede servirnos de paradigma la propia concepción subyacente al concepto de extranjero. La *Respublica Christiana* había creado un marco más o menos homogéneo en el que quedaban incluidas una pluralidad de unidades normativas, cuya interacción resultaba más fácil de

articular -bajo el manto del imperio y de una religión única- que en los sectores "integrados" del mundo antiguo. No obstante, el poder político fue asentándose preponderantemente sobre bases territoriales más sólidas y, en consecuencia, tendían a excluir de su ámbito jurisdiccional toda manifestación de una soberanía extranjera. Por eso se consideraba que el ciudadano de Bolonia que había contratado en Módena se había hecho súbdito de la Ley de Módena a efectos de ese contrato.

Un elemento que traspasa claramente todas las fronteras de los cambios es el del recurso a normas materiales específicas (de origen consuetudinario o jurisprudencial principalmente) para regular las transacciones derivadas del tráfico internacional de mercaderías. Existen rastros de ellas en el Derecho de la Grecia de la ciudades, en Roma desde sus orígenes y encontramos en el periodo medieval una *lex mercatoria* en torno a las rutas de peregrinación y comercio, con rasgos muy similares al hoy llamado *New Merchant Law* o más significativamente "*Nueva lex mercatoria*".

Hemos escogido la evolución del Derecho internacional privado como objeto de esta investigación porque, como ya hemos anunciado desde el principio, creemos que constituye uno de los sectores del ordenamiento más sensibles a los cambios históricos. Se acomoda al modelo de sociedad internacional de cada momento; resulta particularmente dependiente de la organización social de cada época y adapta sus soluciones a la evolución de los principios que inspiran la regulación de cada institución jurídica en los Derechos internos.

Aunque tal vez hubiese sido razonable situar los inicios de nuestra investigación en torno a la labor de los comentaristas y glosadores que se movieron en el microcosmos que adelantaba y anunciaba las transformaciones del Renacimiento, creemos sin embargo, que puede resultar conveniente realizar una aproximación preliminar a lo que podríamos denominar la "pre-historia" del Derecho internacional privado, acercándonos a las soluciones que operaban en el mundo antiguo respecto a los "conflictos de leyes".

Trabajos como los de Lewald[7], Maridakis[8]; Sturm[9], Volterra[10] o Niederer[11], y de los españoles Fernández de Córdoba, González Campos[12], Pastor Ridruejo[13], Espinar Vicente[14] o Pérez Martín[15], no sólo han puesto de relieve la existencia de un tráfico externo rico en problemas, sino también el empleo de técnicas de solución específicas, de las que pueden extraerse datos utilísimos para el estudio de esta rama jurídica desde sus orígenes científicos.

---

[7] Vid. Lewald "Conflits de lois dans le monde grec et romain" *Revue Critique* 1968, págs. 419 y ss. y 615 y ss.-

[8] Vid. Maridakis « Introduction au Droit international privé » *R.C.A.D.I.* 1962/I págs. 485 y ss.-

[9] Vid. Sturm « Comment l'antiquite réglait-elle ses conflicts de lois» *Clunet* 1979, págs. 259 y ss. -

[10] Volterra « Quelques problèmes concernat les conflits de lois dans lántiquité » *A.D.Inz.*1966, págs. 553 y ss.-

[11] Vid. Niederer « Ceterum quaero de legum imperii romani conflictu » *Revue Critique* 1960, págs .137 y ss.-

[12] Vid. González Campos *ob. cit.* (nota 4) *ibidem*.-

[13] Vid. Pastor Ridruejo "Sobre la existencia del Derecho internacional privado en Roma" *Temis* 1967 págs. 144 y ss.-

[14] Vid. Espinar Vicente « Algunas consideraciones en torno al desarrollo histórico del derecho internacional privado en la Grecia de las ciudades" *Revista de Derecho Privado* 1980 págs. 1 y ss.-

[15] Vid. Pérez Martín «*Los extranjeros y el Derecho en la antigua Grecia*» Madrid 2001; *passim*.-

No quisiéramos cerrar esta introducción sin advertir que la evolución del Derecho internacional privado ha estado mediatizada históricamente por las funciones que le han correspondido desarrollar al Derecho de extranjería. En los orígenes históricos de su nacimiento, la extranjería constituyó la técnica principal en la reglamentación del tráfico externo de tal manera que podríamos considerarla como exclusiva y en fases sucesivas desempeñó otros papeles de complementariedad o independencia distintos. El profesor Espinar Vicente ha distinguido tres formas de incidencia de la extranjería sobre la reglamentación del tráfico privado internacional a lo largo de la historia que, aunque no se ajusten bien a un modelo cronológico concreto, pueden resultar ilustrativas para entender alguno de los hilos conductores de nuestra investigación. En una reciente obra define así las tres etapas:

> ***Primero****, en los orígenes históricos de esta disciplina, la extranjería constituyó la técnica principal (por no decir exclusiva) en la reglamentación del tráfico externo. En los sistemas antiguos el extranjero carecía de todo derecho en una comunidad que no fuese la suya propia. Epicuro explicaba esta situación de vacío inicial sobre la base de la existencia de un pacto ciudadano. El extranjero, al ser un tercero con respecto al acuerdo originario, no era susceptible de ser perjudicado o beneficiado por ninguna de las normas de un sistema que le era ajeno. Partiendo de esta base, las únicas posibilidades de romper el círculo vicioso y proveer de una regulación al "tráfico externo" consistían, o bien en extender al extranjero las normas y acciones propias de los ciudadanos en algunas materias, o*

bien en crear un núcleo de preceptos especiales para regular las situaciones o relaciones que llegasen a protagonizar.

***Segundo**, a partir de la estatutaria holandesa, representó un prius lógico del conflicto de leyes, pero se configuraba como un sector que se diferenciaba técnicamente del Derecho internacional privado. Su objeto y fundamentación eran distintos, pero era difícil abordar los problemas de tráfico externo sin partir de las premisas que suministraban las normas relativas a la condición del extranjero en el foro. El derecho de extranjería servía para establecer, el conjunto de condiciones y cargas a los que quedaba sometido un no ciudadano en el territorio del Estado, así como para determinar el conjunto de derechos y libertades de que podía disfrutar* -y el tipo de situaciones o relaciones jurídicas que podía configurar (añadimos nosotros)-*, según su grado de arraigo. El Derecho internacional privado, propio sensu, limitaba sus funciones a la determinación de los casos en los que se debía aplicar una ley extranjera en el foro y a la concreción de los supuestos en los que la ley del foro debía aplicarse extraterritorialmente.*

***Tercero,** en la actualidad, la extranjería constituye un instrumento auxiliar de la mecánica de funcionamiento del sistema de Derecho internacional privado y cada vez es más difícil establecer una línea de separación clara entre ambos sectores. La constitucionalización del Derecho internacional privado y, en consecuencia, la fusión entre los intereses presentes en la regulación del tráfico externo y los valores fundamentales del Ordenamiento, ha generado una situación en*

la que los sujetos de la relación se posicionan ante la lex fori investidos de un estatuto jurídico muy preciso, antes de que se aborde la regulación del problema internacional de que se trate. De otro lado, hay que tener en cuenta que hoy día se toma en consideración una gran variedad de vinculaciones del individuo con el Sistema. La dualidad, nacionalidad/domicilio ha cedido paso a una multiplicidad de conexiones cuya concreción habrá de efectuarse a partir de los conceptos que suministra el sector normativo consagrado a la extranjería. (... ... ...). Más adelante añade: *los primitivos vínculos genéricos basados en la dualidad nacionalidad/extranjería, se han desglosado en un catálogo susceptible de expresar una serie de contactos de carácter más específico. Los conceptos "estancia" "residencia", "residencia habitual", "domicilio", o "ciudadanía de la Unión Europea", entre otros, son buena prueba de ello*[16].

A lo largo de los capítulos que integran esta memoria iremos comprobando muchas de las intuiciones anunciadas en esta introducción.

[16] Vid. Espinar Vicente. "*Extranjería e inmigración en España*", Madrid 2006, págs. 24-27.-

CAPÍTULO I:

EL DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA GRECIA DE LAS CIUDADES.

INTRODUCCIÓN

Hemos partido de la idea del profesor Aguilar Navarro, para quien la fundamentación del Derecho internacional privado ha estado condicionada, en gran medida, por las formas de organización internacional que la Historia ha vivido[17]. Apoyándonos en esta idea vamos a centrar nuestra atención en el estudio de la organización socio-jurídica de las πολεισ y los caracteres de las relaciones internacionales del mundo griego y, en segundo lugar, analizaremos dos conceptos jurídicos fundamentales, la génesis y causas que determinaron el particular sentido de las nociones de personalidad y territorialidad del Derecho en esta época. Esta investigación nos va a ser de gran utilidad para poner de relieve cómo los métodos de solución de "los conflictos de leyes" en el mundo griego son consecuencia directa del modelo de "relaciones internacionales" imperante" y de las concepciones fundamentales del fenómeno jurídico.

---

[17] Vid. Aguilar Navarro «*Derecho internacional público*» *ob. cit.* (nota 1) Tomo I Volúmen II "*Las formas históricas de organización internacional*" Madrid 1952 págs. 38-54.-

I. LOS CARACTERES BÁSICOS DE LAS UNIDADES POLÍTICAS AÚTONOMAS Y DE SUS RELACIONES RECÍPROCAS EN EL MUNDO GRIEGO

Vamos a trazar unas líneas para dibujar un boceto que nos permita identificar y relacionar aquellos caracteres del modelo analizado, con la finalidad de sentar una base para nuestro estudio que nos ofrezca un visión general en la que el ir entroncando cada uno de los aspecto particulares de nuestra investigación.

Empecemos por el marco global en el que se encuadraban las unidades políticas griegas. Vamos a partir de un dato en el que la inmensa mayoría de los historiadores del periodo se muestran de acuerdo. En Grecia puede distinguirse un doble marco internacional en el que se encuadraban esas unidades políticas independientes y dotadas de sistemas jurídicos autónomos que constituyeron las *πολεισ*. De un lado existía un primer círculo integrado por el conjunto de ciudades griegas y, de otro, un segundo ámbito compuesto por todo lo demás. Dentro del primero se pueden apreciar ciertos factores de homogenización. Son preponderantemente de carácter lingüístico-cultural, religioso, militar y étnico que favorecen la comunicación entre todas ellas. Los vínculos religiosos determinan la necesidad de realizar peregrinaciones a santuarios y consultas a oráculos. El temor al enemigo “*auténticamente externo*” favorece las alianzas militares y un cierto patrimonio cultural común beneficia los contactos.

La segunda órbita, de caracteres radicalmente distintos de los anteriores, sería aquella en la que se ambientaban las relaciones entre las ciudades griegas y los "*Estados*"[18] no griegos[19]. Dentro de este otro círculo se produjeron sobre todo relaciones de confrontación, con la excepción de algunos intercambios comerciales que crearon determinados problemas de tráfico externo que interesan al objeto de nuestro trabajo.

1. El marco constitucional de las ciudades griegas y su entorno internacional.

La formación de la unidad política autónoma se origina en Grecia a consecuencia de la evolución que experimenta el concepto de grupo organizado durante el periodo que estudiamos; es decir, la que se produce a partir de una serie de comunidades de escasa vertebración que se van transmutando en unos conjuntos de personas que organizan sus vida en común a través de una reglas concretas y efectivas que les garanticen el poder convivir en esa colectividad en condiciones recíprocas de paz, libertad y seguridad.

Este es el elemento psicológico que subyace en la fórmula político-social de la *πολισ*. El núcleo de esta construcción se centra en la identificación de las nociones de *πολισ* y *πολιται* y se va estructurando en torno al tríptico que constituyen las ideas de

[18] Utilizaremos entrecomillado el término "Estado" para referirnos a las unidades políticas de los periodos estudiados, siendo conscientes de que su configuración y estructura no se acomoda al concepto histórico concreto que corresponde en puridad a la noción Estado.-

[19] Vid. Tenekides « Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des cités » en *R.C.A.D.I.* 1956/ II págs. 457-477.-

libertad, religión y derecho, vividas en torno al acuerdo ciudadano que da vida a la ciudad como concepto de organización cívico-política.

Lo fundamental es la comunidad. En la concepción originaria, el territorio sólo es el entorno donde se desarrolla la vida del grupo; y resulta potencialmente variable en razón de los acontecimientos o emergencias que puedan presentarse. Más adelante se observa una tendencia a federar unidades alrededor de un núcleo de intereses comunes y bajo la jefatura de una ciudad-estado concreta. Esta es la idea inicial desde la que se desarrollará una estructura de poder vertical, que resultará operativa sobre un conjunto determinado de comunidades políticas descentralizadas. Su origen en Grecia se explica con base en dos datos: de un lado, por la existencia de un mundo helénico de caracteres y problemas comunes, lo que suponía indudablemente un factor favorecedor de la dinámica integradora que casi siempre estuvo presente durante toda la etapa analizada en este capítulo. De otro lado, por la presión de un elemento exterior condicionante: la amenaza perso-macedónica que actuaba a la vez como fuerza centrípeta y centrifuga de la dinámica vertebradora. Frente al peligro externo, las alianzas eran una posible respuesta; la fuerza militar agregada de varias ciudades podía enfrentarse mejor a cualquier agresión y esta idea generaba una dinámica de coordinación e integración. Pero al mismo tiempo, la propia esencia del concepto de "ciudad" llevaba un germen disgregador al no considerar el territorio de la *πολισ* como un elemento constitutivo básico. En consecuencia, frente a la presión militar hostil del

enemigo extranjero, la ciudad (al menos teóricamente) podía trasladarse a otro lugar sin ver alteradas sus esencias; por esta razón durante muchos periodos se entendió que una estructura de pequeñas unidades independientes ofrecía una mayor eficacia defensiva. De ahí que la dinámica de la integración no llegase a culminar en una vertebración real, pero sin que pudieran apreciarse vectores que apuntasen hacia algún tipo de soluciones federadas a lo largo de todo el periodo estudiado.

A partir de las monarquías helénicas del siglo tercero a.d.c. se pueden entrever los orígenes de un tipo de organización política basado en la existencia de un poder centralizado comunitario. Esta evolución es constante y tiene gran importancia para comprender lo que era el Derecho Internacional privado en esta época.

2. Los fundamentos políticos de las *πολεισ* y de su organización jurídica.

Un análisis efectuado a partir de convencionalismos modernos nos llevaría a afirmar sin ambages que en la concepción de la ciudad-estado se halla presente la idea de un pacto constitutivo inicial, cuyo contenido es precisamente el Derecho de la ciudad y, cuya vigencia se circunscribe exclusivamente a los que forman parte de él. Esto es absolutamente cierto, sin lugar a dudas, pero no encierra toda la verdad si no se combina, como nos esforzaremos en hacer más adelante, con el elemento religioso; el origen divino del derecho en la concepción griega constituye un elemento fundamental. Pero establecida esta reserva, pasemos a

analizar el componente racional explicativo del pacto ciudadano. El profesor Battifol lo expresa con claridad:

> *"Epicuro lo define sin ambigüedades: existiendo un pacto formal en los orígenes de toda sociedad y de toda justicia; los no contratantes no tienen derecho alguno; no hay respecto a ellos nada que pueda ser justo o injusto"*[20]

Pero esta cita no debe ser descontextualizada y ha de ser combinada con una idea de la ley como algo sagrado y de origen divino, íntimamente ligada a la religión del grupo. La *πολισ* es una estructura jurídico-religiosa que ordena la convivencia entre sus miembros componentes porque todos participan en la religión y aceptan las normas. Esta concepción configura un panorama en el que se aprecia nítidamente como predomina el elemento personal en la constitución jurídica de la πολισ y como en ella el elemento territorial ocupa un lugar de escasa importancia.

Fustel de Coulanges[21] considera el factor religión como el elemento que se encuentra en el origen de la ciudad y que es determinante en la *πολισ* del periodo clásico. El νομοσ está unido a la formación y al desarrollo de la ciudad griega. El νομοσ abarca tanto a la ley oral de los tiempos primigenios como a la ley escrita posterior y siendo obra de la religión tiene carácter sagrado y

---

[20] Vid. Batiffol « *Aspects philosophiques du Droit international privé* » Paris 1956 pág. 153.-

[21] Vid. Fustel de Coulanges «*La Cité antique*». Traducción española de Carlos A. Martin, Barcelona 1987 pág.455.-

origen divino[22]. No obstante, a pesar de su origen divino las leyes no se consideraban inmutables. Bajo ciertas condiciones y garantías podía ser objeto de modificaciones, revisiones, anulaciones y adiciones. De lo que se trataba era de hacer las cosas tal cómo agradaban a los dioses para evitar todo lo que les pudiese molestar y prevenir así su venganza. Algunas de las leyes se encontraban grabadas en piedra sobre todo las correspondientes a final del siglo quinto a.d.c. Otras, sin embargo, permanecían no escritas. El conocimiento de las no escritas sólo lo poseían unos pocos expertos y entre ellos se pasaban la información.[23]

Se pensaba que un sector de las normas había sido promulgado por los dioses y no por los hombres. Algunas veces las nuevas leyes respondían a una inspiración divina; valga como ejemplo las comunicadas por el Oráculo de Delfos, pero la mayor parte de ellas no tenían un origen acreditado y constituían costumbres ancestrales conocidas bajo el nombre de *πατρια*.

La estructura de la *πολισ* descansa, pues, en la estrecha interrelación entre los conceptos “*ciudad*” “*ley*” y “*ciudadano*”, los cuales no pueden ser correctamente entendidos si no se proyecta sobre ellos el elemento *religioso*. Podemos pensar que la ley como expresión de un modelo comunitario surgido de la voluntad colectiva permite a los miembros integrantes de la *πολισ* participar en la vida ciudadana dentro del marco de paz y libertad que esta

---

[22] Vid. Hinsley ”*El concepto de soberanía*” Barcelona 1972 págs. 33-34.-

[23] Vid. MacDowell « *The law in classical Athens* » 4ª ed. Nueva York 1995 págs. 192-202.-

unidad política expresa, pero sin el elemento religioso esta concepción no nos va permitir explicar el funcionamiento real del fenómeno jurídico. Pensamos, pues, con Espinar Vicente que la πολισ debe ser entendida: "*como el conjunto de individuos que participando de las mismas creencias religiosas buscan la paz social y la garantía de libertad en su asociación, por ello la πολισ es en última instancia la estructura jurídico política que ordena la convivencia en este ámbito*" [24]. Parece lógico, por consiguiente, que fuera de la ciudad, el modelo no se proyecte. Pueden existir estructuras afines, pero sus integrantes no se hallan ligados entre sí por vínculos similares a los que unifican el grupo ciudadano. Son elementos ajenos a la comunidad con los que se podrán establecer relaciones de cooperación o conflicto en función de la semejanza o disimilitud de sus bases religiosas y organizativas.

La incidencia del elemento religioso sobre la conformación de los aspectos sociales y jurídicos de la vida ciudadana tiene un gran peso. Ello lleva consigo una específica concepción de lo exterior que, sin duda alguna, va a repercutir sobre la potenciación de las relaciones entre unidades políticas de sentimientos religiosos homogéneos como sobre la concepción de la guerra[25]. Este factor, el religioso, actuó con gran fuerza y, como nos pone de relieve Fustel de Coulange, el no participar en los mismos cultos es uno de

[24] Vid. Espinar Vicente "*Algunas consideraciones...*" *ob. cit.* (nota 14) pág. 553.-

[25] Vid. Truyol y Serra "*Fundamentos de Derecho Internacional Público*" Madrid 1970 págs. 134-135.-

los principales motivos que cierran al extranjero el acceso a las estructuras jurídicas de la ciudad, aunque existieran excepciones como veremos[26]. Y es que este factor va a suponer tanto una sacralización de la regulación de determinadas relaciones jurídicas, vedando a todo individuo ajeno al culto su acceso a ellas, como una desacralización casi absoluta de otras; en cuyo caso podría darse con mayor facilidad un tráfico jurídico externo en esas materias.

En resumen, si la *πολισ* es, en última instancia, la estructura jurídico-religiosa que va a ordenar la convivencia entre los miembros que la componen, podemos afirmar que donde se encuentre el grupo actuando de acuerdo con sus normas de conducta encontraremos la *πολισ*. Resultan muy significativas las palabras del General Nicias en Sicilia cuando, tras un naufragio, arengaba a sus tropas recordándolas que las ciudades estaban formadas por hombres y que ellos solos, en cualquier lugar y en cualquier circunstancia por la que atravesasen, podían reorganizar su πολισ[27]. Así pues conviene retener que en Grecia la ciudad equivale a grupo humano organizado y que no debe extrañar el asentamiento de varios grupos o subgrupos en un mismo entorno territorial sometidos a las leyes y jueces propios distintos. En Seleucia de Tigris los griegos vivían aparte; organizados en *πολισ*

[26] Vid. Fustel de Coulanges *ob. cit.* (nota 21). pág. 230.-

[27] Vid. Tenekides en *ob. cit.* (nota 19) pág. 502.-

con asamblea, consejo y sin duda magistrados y constituían una comunidad distinta del resto de los habitantes[28].

Sin embargo, esta estructuración cerrada y casi impermeable no impidió la existencia de contactos entre individuos de distintas πολεισ ni el establecimiento de relaciones jurídicas entre ellos. La afinidad que se puede apreciar entre las soluciones jurídicas vigentes en las distintas ciudades era el corolario de una identidad étnico-cultural y religiosa que caracterizaba un marco helénico proclive a la integración[29].

Lleva razón Bikerman cuando explica que la dinámica integradora derivada de los factores de homogeneidad del mundo griego no llegó a culminar a causa de la mayor eficacia defensiva que ofrecía una estructura de pequeñas unidades independientes[30]. Pero también es cierto que esos elementos de semejanza no sólo determinaron en la práctica esos frecuentes contactos a los que nos hemos referido[31], sino que también permitieron *de iure* el establecimiento de una red de pactos entre las distintas ciudades (los *σιμβολαι*) que estructuraron un autentico sistema de extranjería, como ha puesto de relieve Sturm[32]. Como veremos

[28] Vid. Grimal "*El helenismo y el auge de Roma*" Madrid 1979 pág. 260.-

[29] Vid. Lewal en *ob. cit.* (nota7) pág 422.-

[30] Vid. Bikerman « Remarques sur le droit des gens dans la Grèce classique » en *R.I.D.A.* 1950 págs. 99 y ss.-

[31] Vid. Clerk **"***Les mètèques athéniens***»** Paris 1893 y segunda edición de 1935; *passim*.-

[32] Vid. Sturm *ob. cit.* (nota 9) págs 261-263.-

más adelante, fueron una pieza clave del sistema de Derecho internacional privado de la época en estudio.

3. Comercio y relaciones entre las ciudades griegas.

Vamos a ocuparnos ahora del comercio que va a tener un lugar muy destacado en la vida de las ciudades. La incapacidad autárquica de las *πολεισ* generó unas necesidades de intercambio que constituyeron una de las principales fuentes de los contactos que se producen entre los ciudadanos de las distintas comunidades políticas dentro y fuera de la órbita griega.

El mercado estuvo situado desde un principio en las plazas de las ciudades, en éstas no sólo se agrupaban los comercios y puestos ambulantes sino que se crearon figuras parecidas a los banqueros, denominados Τραπιζιται. Además había un estricto control sobre las transacciones y sobre las pesas y medidas que era ejercido por los *Αγρονομοι* y los *Μετρονομοι.* También existían normas fiscales, restricciones a las importaciones, e incluso monopolios que beneficiaban a ciertas clases. El transporte se realizaba por mar fundamentalmente. En relación con él surgieron figuras similares a las del seguro y los prestamos y se produjo un cuerpo consuetudinario de normas en relación con el tráfico marítimo. Estas operaciones comerciales tuvieron una repercusión tan importante en Grecia que dieron origen a leyes penales

exclusivamente destinadas a defender los intereses públicos de las estratagemas de los comerciantes y marinos así como a reglamentos muy severos contra los que ponían obstáculos para el normal desarrollo del comercio[33]. Como puede observarse se gozaba de un cuerpo jurídico muy completo en el ámbito mercantil que se coronaba con un procedimiento especial para los litigios de comercio y que gozaba de cierta autonomía.

El marco espacial restringido en el que se encuadra la *πολισ* griega hace pensar que la regulación del comercio, desde sus inicios, debió proyectarse hacia la ordenación de los intercambios exteriores. En este sentido la normativa mercantil debió de estar conformada por preceptos atentos al derecho de extranjería prácticamente consustancial a estos supuestos; y que, en consecuencia debió ser prácticamente común a toda Grecia, dados los caracteres del entorno.

4. Derecho internacional privado y extranjería en las πολεισ griegas.

Allí donde esté el grupo actuando de acuerdo con sus normas de conducta allí se halla la *πολισ*[34]. Este es el principio esencial y el punto de partida tal y como hemos tenido ocasión de ir argumentando. En consecuencia, y sobre la base de esta máxima

---

[33] Vid. Torres Campos "*Principios de Derecho internacional privado*", Madrid 1883 pág. 62.-

[34] Vid. Tenekides en *ob. cit.* (nota 19) págs. 497-510. Ténékides agrupa los caracteres específicos de las πολεισ en torno a cuatro puntos: a) autonomía de las ciudades; b) predominio del elemento personal sobre el territorial; c) integración del ciudadano en la ciudad; y d) los factores religiosos y legales.-

angular, vamos a destacar dos premisas que explican el por qué y el cómo se desarrollan las relaciones de Derecho internacional privado en este contexto:

En primer lugar existe un elemento de carácter fáctico. En la Grecia analizada se producían migraciones originadas por las deportaciones y exilios políticos o por los traslados voluntarios que traían causa en el atractivo que, para determinados individuos o profesiones, suponía la vida económica o cultural de otra πολισ. Además existían movimientos de personas ocasionados por motivos religiosos, tales como peregrinaciones o consultas a un oráculo; así como los causados por los intercambios mercantiles.

En segundo lugar hay que tomar en consideración que el carácter personal de las leyes no se refería en aquel tiempo a la facultad de éstas para seguir al individuo en cualquier lugar donde se encontrase y definir su *status* jurídico por doquier. En aquella época la personalidad del derecho aludía a la vocación de las normas para definir la posición jurídica del ciudadano dentro del grupo al que perteneciese. Quien se encontrase fuera de su comunidad natural no podía, en principio, ejercitar ningún derecho ni obligarse por causa alguna, pues esa capacidad de ejercitar y obligarse sólo la tenía frente al grupo que se la reconocía.

Como es frecuente en la historia del Derecho internacional privado el origen de su aparición se arraiga en la propia

imposibilidad jurídico-formal de su existencia. Los glosadores, siglos después, volverían a toparse con dificultades similares, aunque a partir de concepciones distintas. El obstáculo era similar; si las normas y costumbres no pueden obligar a quienes no son súbditos de su autoridad portadora, difícilmente podrá hallarse un régimen jurídico que discipline las relaciones entre súbditos sometidos a distintos poderes. En la Grecia estudiada el círculo vicioso se rompió a través de varios expedientes que permitieron determinar la posición de los ciudadanos de una ciudad cuando se encontrasen fuera de ella y para arbitrar los asuntos en los que interviniesen partes procedentes de diversas *πολεισ*. Fueron instituciones que permitieron dotar de tutela a los que resultaban "extranjeros" a la comunidad para fortalecer y regular un tráfico interparticular que la realidad hacía necesario.

Los convenios de asistencia judicial que conocemos como *σιμβολαι* y *σιμβολα* en el área griega fueron una pieza fundamental en el sistema del Derecho internacional privado; su objeto era el de asimilar al extranjero al ciudadano o establecer mecanismos de protección para él cuando se encontrase dentro del ámbito del poder jurídico de otra ciudad. Muchos de ellos contenían cláusulas judiciales que permitían a los ciudadanos de una de las *πολεισ* contratante obtener justicia en la otra y viceversa.

Los *σιμβολαι* utilizados hasta el siglo quinto a.d.c., contemporáneos de la época del imperio ateniense, eran extensos y contenían cláusulas que no se limitaban a lo estrictamente judicial

sino que abarcaban un amplio espectro de cuestiones y se concluían con un gran número de *πολεισ*. Los *σιμβολα* que se empiezan a suscribir a partir del siglo cuarto a.d.c. eran más precisos en su clausulado, su contenido se ceñía a lo estrictamente judicial y su ámbito de aplicación era bilateral. Se componían de dos partes simétricas en las que se ordenaban los procedimientos previstos por y para cada una de las dos partes contratantes a las que se denominaba *σιμβολον.*

Otra institución que protegía a los extranjeros en la Grecia clásica era la formada por los tratados de *ασιλια* que no eran tratados de carácter jurídico estricto. El extranjero por el mero hecho de haber recibido la *ασιλια* no se encontraba protegido judicialmente como en el caso anterior. Los privilegios que se le otorgaban en esta tipología de actos eran de otra índole. Podían ser beneficios concedidos a titulo personal. A través de ellos una determinada *πολισ* se comprometía frente a un individuo concreto de otra comunidad a protegerle contra cualquier tipo de acción violenta. También existían los *ασιλιαι* bilaterales en virtud de los cuales dos *πολεισ* se comprometían a eliminar el derecho de represalias frente a sus respectivos ciudadanos. En último lugar estaría la *ασιλια* acordada con respecto a los santuarios y a las ciudades consagradas a una divinidad. Sin embargo no queda claro si la ασιλια se refería al espacio físico del santuario en cuanto bien perteneciente a un Dios o si beneficiaba directamente a las personas que acudían a ellos.

La más antigua dentro de las instituciones creadas para la protección del extranjero en el mundo heleno es la $\xi\epsilon\nu\iota\alpha$ que iba mucho más allá de los lazos de la mera hospitalidad y cuyas características principales eran:

*Se practicaba y reconocía en todo el mundo griego.

*Era de carácter permanente y estaba dotada de una especial estabilidad. Los lazos creados por las relaciones de hospitalidad o signos de hospitalidad no se rompían jamás, llegando incluso a formar parte de la herencia que se trasmitía de padres a hijos, pasando así de una generación a otra. Homero nos narra en la Ilíada el caso de Glauco y Diómedes, quienes militando en ejércitos distintos y, a pesar de no conocerse personalmente, decidieron no pelear entre sí por los lazos de amistad que, sobre la base de este instituto, unían a sus dos familias[35]

*Las obligaciones y ritos consagrados constituían un código moral que normalmente se define de forma negativa y que resultaba aplicable tanto al $\xi\epsilon\nu o\sigma$ anfitrión como al que era recibido. Los deberes de uno y de otro pueden catalogarse a través de las obras de Homero, Hesíodo y Euripides[36]. Entre ellos podemos destacar que el $\xi\epsilon\nu o\sigma$ anfitrión tiene el deber de no luchar contra su huésped, no debe matarle, y ha demostrarle rasgos de hospitalidad. Por su parte, el $\xi\epsilon\nu o\sigma$ que es recibido

[35] Vid. Homero *La Iliada* Madrid 1956. VI.119-231.-

[36] Vid. Eurípides *Medea* en "T*ragedias*" (traducción de Calvo Martínez y García Gual), Madrid 1985. V.611-613.-

entre sus deberes tiene no engañar a su anfitrión, no matarle e integrarse en su vida cotidiana.

*La reciprocidad es otro de los rasgos característicos de la *ξενια*. Podía ser real o potencial, actual o futura ya que el anfitrión que acogía y salvaguardaba al *ξενοσ* en su casa, podía ser en el futuro huésped de la otra parte. De ahí que ambas partes se designasen de la misma forma, *ξενοσ*, subrayando la reciprocidad de su condición y, en consecuencia, la estabilidad de la condición política y social de cada uno de los *ξενοι* en sus respectivas *πολεισ.*

Como hemos visto, todo individuo ajeno a la comunidad que integra la πολισ constituye un ente extraño al sistema. No es parte del Derecho de la ciudad y nada de lo que haga o le hagan puede resultar justo o injusto a la luz de unas leyes y un Derecho que no le contemplan. Institutos como los σιμβολα o la ασιλια permitían romper este círculo vicioso de "ajeneidad jurídica". Ahora bien, en ausencia de esa cobertura era preciso buscar otros instrumentos. La ξενια, al establecer una vinculación bilateral entre dos familias de dos πολεισ distintas, permitía a sus beneficiarios disponer de un protector en la ciudad a la que no pertenecían y ese protector se encargaba de cuidar de sus derechos e intereses en un lugar en el que le resultaba imposible hacerlo por sí mismo.

La *ξενια*, como institución, operó durante el periodo clásico y posteriormente convivió con otra figura similar: la del προξενοσ.

Las familias aristocráticas mantuvieron sus relaciones de ξενια, mientras que el resto de los individuos que se hallaban en una πολισ distinta a la suya recurrían al προξενο. Tanto la ξενια como la προξενια constituyeron los instrumentos destinados a suplir la ajeneidad del extranjero respecto del orden jurídico de una ciudad a la que no pertenecía. La *προξενια*, fue, en realidad, una adaptación de la *ξενια* a la que se dotó de un alcance mayor.

A grandes rasgos, el mecanismo de su funcionamiento era el siguiente; una πολισ determinada, cuyos ciudadanos mantuviesen relaciones o intereses en otra πολισ distinta, elegía entre los ciudadanos de ésta última a un protector que asumía un papel similar al del ξενοσ; ahora bien, no lo desempeñaba en relación con un individuo o familia, sino respecto de toda la comunidad integrante de la πολισ representada. En su propia ciudad el προξενο no gozaba de ningún privilegio especial, aunque normalmente pertenecía a la élite del poder o la riqueza de su propia πολισ[37]. En cambio en la ciudad que le había nombrado recibía altos honores y privilegios, entre los que podría estar incluido el de la propia ciudadanía[38]. Sin embargo, la *πολισ* que le designaba carecía de todo tipo de control sobre él y sobre su actuación; a pesar de ello en ninguno de los textos que describen la

---

[37] Se consideraba que un προξενοσ debía ser una persona rica y poderosa. No es de extrañar que los προξενοσ fuesen reyes a menudo. Piénsese en el caso de Alejandro de Macedonia para los atenienses o de Filipo II para Delfos.-

[38] Vid. Tucídides "*Historia de la guerra del Peloponeso*" Madrid 1990/91 (Vid. III.3) nos habla de Pitias como προξενο voluntario de los atenienses en Coricira y describe la figura.-

figura aparecen indicios de que existiesen casos en los que el *προξενο* hubiese fallado en sus funciones

El *προξενο* velaba por los intereses de la ciudad que le nombraba, protegía a los ciudadanos de ésta, canalizaba las relaciones entre los ciudadanos que representaba y los individuos de su propia πολισ; aportaba información, otorgaba asistencia y consejo a los ciudadanos que protegía, mientras residieran en su πολισ ya fuese de modo transitorio o de forma permanente. Además podía representarlos ante un tribunal especial integrado por *ξενοδικαι.* El procedimiento era más sencillo que el ordinario; los ciudadanos tenían libre el acceso, pero los extranjeros para poder demandar deberían llevar al menos un mes de residencia en la *πολισ* y hallarse asistidos por su προξενοσ[39].

5. Ciudadanía y extranjería en la Grecia de las ciudades.

En Grecia la idea central de la comunidad convive con otra de carácter más general, fundada en el sentimiento de un marco más amplio homogeneizado por elementos de carácter religioso, militar y étnico. Esta idea va a generar un desdoblamiento en el ámbito de las relaciones exteriores. Así podremos apreciar un Derecho Internacional regional operativo para las relaciones entre las entidades soberanas de la Grecia de las ciudades, y, de otro, un

---

[39] Vid. Miaja de la Muela "*Introducción al Derecho internacional público*" Madrid 1979, pág. 324.-

Derecho Internacional general que regularía las relaciones entre las πολεισ y los pueblos ajenos al del mundo griego.[40]

Esta dualidad determina la existencia de dos escenarios distintos para encuadrar las relaciones de tráfico externo en el espacio y tiempo estudiados. Uno de carácter auténticamente internacional y otro circunscrito al conjunto de las unidades políticas griegas. En el primero, las relaciones privadas internacionales debieron de circunscribirse básicamente a los aspectos comerciales. El estado natural de las relaciones con estas unidades políticas era la guerra y, en esas condiciones, debía resultar muy difícil encontrar mecanismos capaces de sustituir la carencia de personalidad jurídica de los individuos extraños al mundo helénico. No se trataba sólo de extranjeros sino de enemigos potenciales y, en tales circunstancias, no resulta imaginable el establecimiento de relaciones jurídicas. Únicamente en los periodos de paz cabe imaginar un cierto tráfico mercantil que sin duda se produjo, incluso de forma floreciente. Existe constancia de contratos suscritos entre griegos y egipcios y alguna noticia aislada e incompleta sobre algún tipo de tráfico en este ámbito, pero no se dispone de información ni de testimonios suficientes para profundizar en este aspecto.

En el otro escenario, el de carácter griego, las relaciones entre ciudadanos de distintas πολεισ ofrecieron en cambio una

---

[40] Vid. Rodríguez Carrión "*Memoria sobre el concepto, método y fuentes del Derecho internacional Publico*" (inédita 1978), págs .66-93.-

considerable gama de casos que se encuentran ampliamente documentados. Las bases que permitieron la existencia de estos supuestos de Derecho internacional privado en este concreto entorno estuvieron constituidas por dos pilares:

En primer lugar el que viene constituido por las afinidades existentes entre las distintas comunidades insertas en este marco y, muy en especial, las de carácter religioso. La vinculación religión-derecho se conformaba de un modo tan fuerte que sin una similitud en este punto resultaba imposible el establecimiento de relaciones jurídicas. Sólo una comunión en esta base podía permitir la existencia de un tráfico capaz de configurar relaciones civiles tales como el matrimonio, las sociedades o la propiedad de inmuebles.

En segundo lugar el que proporciona las técnicas de asimilación del extranjero "helénico" en una ciudad distinta a la suya. Ya hemos visto fórmulas de equiparación fundamentadas en tratados, concesiones o en la intervención de protectores individuales o colectivos. A partir del siglo cuarto a.d.c. adquiere especial relevancia la *ισοπολιτεια* como institución que concede unilateral o recíprocamente el derecho de ciudadanía bien a un individuo o bien a la totalidad de los ciudadanos de otra *πολισ* con la que existiesen vínculos estrechos.

La *ισοπολιτεια* era, en realidad, un derecho de ciudadanía latente y constituía una garantía otorgada bien a un individuo o bien a una colectividad. Cuando, por la razón que fuere, su beneficiario

tenía que abandonar su ciudad de origen, la ισοπολιτεια le permitía instalarse en la *πολισ* que se la había concedido, siendo en ella considerado como ciudadano y sujeto de todos los derechos y también de todas las obligaciones que conllevase la nueva ciudadanía. La ισοπολιτεια podía establecerse bien de un modo individual y unilateral (la πολισ concedía su ciudadanía a un sujeto concreto o a un grupo de ellos) o mediante convenios entre ciudades.

Los convenios de *ισοπολιτεια* respondían a necesidades muy variadas y tenían unos objetivos muy diferentes. Lo único que era común a todos ellos era la concesión bien unilateral o bien reciproca de los derechos de ciudadanía de una manera potencial. Los Convenios más antiguos están fechados en el siglo cuarto a.d.c. El primero de ellos se suscribió entre la *πολισ* de Epidauro y la isla de Egina. En él se permite a los eginetas acceder a los tribunales de Epidauro en las mismas condiciones que los ciudadanos de esta ciudad ya fuesen como demandantes o como demandados. Herodoto nos narra que los eginetas ”*Son dorios originarios de epidauro, y su isla antaño se llamaba Enone* y *los de Egina como habían hecho hasta entonces, todavía obedecían a los epidaurios, y entre otras muestras de sumisión, los eginetas se trasladaban a Epidauro para en los pleitos que se suscitaban entre ellos responder a los cargos y plantear las demandas*[41]

[41] Vid. Herodoto, “*Historia de las guerras médicas*” Madrid 1988/92 Volúmen V pág. 83.-

El segundo convenio del que tenemos referencia data de principios del siglo cuarto a.d.c. e incorpora un acuerdo de *ισοπολιτεια* entre la isla de Ceos y Eretria. En parecidos términos se alinea el tratado entre Ceos e Histie, donde se reglamentaban las condiciones en las que se encontraban los extranjeros de paso, se eliminaba el derecho de represalias y se concedía la igualdad fiscal de los ciudadanos de ambas πολεισ en lo relativo a las tasas comerciales[42].

Del año 323 a.d.c. data el convenio entre Mileto y una de sus colonias: Olbia[43]. Este convenio añade elementos nuevos, ya que concede la ciudadanía a los extranjeros que se instalan definitivamente y concede privilegios fiscales y judiciales a los que se hallan de paso. Es de destacar que este acuerdo se refería principalmente a los comerciantes puesto que el término empleado, *σιμβολαια*, hace alusión directa a los litigios y obligaciones resultantes del incumplimiento de los contratos[44].

La *ισοπολιτεια* individual era la más frecuente y consistía en el otorgamiento de la ciudadanía de la *πολισ* a un individuo o un grupo de individuos concretos con la adquisición de los privilegios que esta concesión conllevaba que podían ser la igualdad fiscal o *ισοτολεια* o la exención de impuestos o *ατελεια*

---

42 Vid. C. Dunant y J. Thomopoulos " *Inscriptions de ceos*" en *Bull.Crr.Hell.* 1954 págs. 316-322.-

43 Vid. Delphinion, nº 136; Syll. 3286; Todd, II, 195; Schmitt, 408.-

44 Vid. P.H.Gautier,*"Symbola. Les étrangers et la justice dans les cités grecques"* Nancy 1972 págs. 160-161.-

así como determinados privilegios jurídicos derivados del nuevo *status*. Hubo algunos supuestos de concesión de ciudadanía por los servicios prestados a la *πολισ* como fue el caso de los esclavos que lucharon con los atenienses en la batalla de las Arginusas. También hubo supuestos de concesión excepcional de *ισοπολιτεια* como fue el caso de la efectuada unilateralmente por la *πολισ* de Atenas a los plateos expulsados y a los samios exiliados de Samos por su relación con Atenas

De todas formas los beneficiados con la *ισοπολιτεια* sólo pasaban a ser auténticos ciudadanos de la *πολισ* que les había concedido el privilegio, si se instalaban en su nueva patria y solicitaban formalmente ser admitidos en el cuerpo de ciudadanos; los demás disfrutarían de distinto *status* en función de lo establecido en el tratado o en la concesión, lo que una veces les equiparaba a los *μετεχοσ* y otras a los *προξενοσ*.

No obstante el mecanismo de la ισοπολιτεια no llegó a constituir un instrumento fundamental del Derecho internacional privado de su tiempo. Chocó con las dificultades derivadas del menosprecio social con que la mayoría de las veces veían los propios interesados la aceptación de una ciudadanía diferente a la propia y no sirvió para eliminar por sí misma los problemas de tráfico externo. Tuvieron que arbitrarse otros caminos para solucionar los problemas derivados de la presencia del extranjero en las *πολεισ* y utilizar en algunos casos una técnica de asimilación consistente en reconocer al extranjero arraigado en la ciudad, los

mismos derechos que al ciudadano, pero de una forma gradual; primero se le reconocían los derechos civiles y luego los políticos.

II. ANALISIS DE LA ESTRUCTURA JURÍDICO-POLITICA DE LA ΠΟΛΙΣ Y SU INFLUENCIA SOBRE EL TRATAMIENTO DEL TRÁFICO EXTERNO.

Para realizar esta parte de nuestro estudio vamos a tomar como punto de partida el curso impartido en la Haya por Tenekides en el año 1956, en la medida que ofrece un magnífico marco en el que encuadrar el objeto de este segmento de nuestra investigación[45]. Tenekides, como ya hemos apuntado, utiliza cuatro rasgos principales para caracterizar la estructura socio-política de las *πολιεσ* griegas:

1. El de su autonomía e independencia.
2. El de la perfecta integración de los conceptos de ciudad y ciudadano.
3. El de la importancia del factor religioso y de su influencia sobre el Derecho; y
4. El del predominio del elemento personal sobre el territorial.

1. La autonomía de las πολεισ griegas.

Grecia estaba dividida en un gran número de πολεισ sin conexiones ni vínculos formales que las coordinasen entre sí. Una

[45] Vid. Ténekides en *loc .cit.* (nota 19) Tomo II págs. 497-510.-

aproximación a la política de Aristóteles nos pone de manifiesto que nunca existió una auténtica estructura política susceptible de articular las πολεισ helénicas en un esquema global organizado. Cada una de ellas constituía una unidad totalmente independiente de las demás y cada una de ellas poseía un derecho propio. Ni siquiera a nivel civil existía una comunidad de derecho entre ellas[46]. Cuando un griego salía de su ciudad de origen era tratado en las demás como un extranjero. La ciudad era libre e independiente y, como tal, tenía sus instituciones propias, podía modificar su constitución, era la máxima responsable de sus actos y decidía sobre la paz y sobre la guerra. La ausencia de una autoridad central griega era absoluta. Así pues, la independencia política de cada πολισ respecto del resto de las unidades griegas es similar a la que manifiestan en relación con las restantes unidades políticas extrahelénicas[47].

Esta autonomía hay que matizarla en tres niveles para poder entender bien unos puntos que resultan esenciales para nuestro trabajo: en primer término, que el concepto de independencia política de la ciudad-estado no se corresponde exactamente con la actual idea de soberanía estatal y, en segundo término que, -a pesar de ello y, tal vez, por ello mismo-, el modelo griego incorporaba

---

[46] Vid. F. Laurent en *ob. cit.* (nota 46) págs. 121 y ss.; donde señala a este respecto que "*La Grèce était partagée en un grand nombre de cités, il n´y avait aucun lien entre républiques, pas même la communauté de droit civils : d´une ville à l´autre les grecs se traitaient d´étrangers* ».-

[47] Vid. G. Gloztz "*La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*" Paris 1904. págs. 330-340.-

soluciones al tráfico externo que evocan metodologías y soluciones similares a las que encontramos en las áreas de integración contemporáneas.

El primer dato que es preciso tener muy presente a la hora de interpretar la autonomía de la πολισ es su desvinculación parcial en relación con el territorio en el que físicamente se establece. Como ya hemos apuntado y volveremos a insistir, lo esencial es el grupo ciudadano. Una ciudad puede ser conquistada, perder su territorio y seguir existiendo jurídicamente como πολισ. Se podía fundar una colonia y en el territorio perteneciente a la metrópoli podía existir una πολισ independiente. Los ciudadanos de una πολισ determinada podían vivir en el territorio de otra y organizar la convivencia entre ellos de acuerdo con su propio modo organizativo. Esta premisa constituye un fundamento de enorme importancia para entender la organización socio-jurídica. A diferencia de las etapas históricas posteriores, el territorio, en la concepción griega de la época estudiada, no era un elemento básico en la conformación de una unidad política independiente. Lo que era esencial era la autonomía e independencia del grupo con respecto a los demás grupos[48].

El segundo dato es el que parte de la conclusión anterior para matizarla moderadamente. Definida la autonomía *ad intra* de la comunidad de ciudadanos y afirmada la ausencia de una

---

[48] Se encuentra comúnmente aceptado que la πολισ era por definición autónoma, de tal forma que si perdía su autonomía perdía su identidad como tal πολισ.

vertebración política de las πολεισ, podríamos deducir que la ciudad independiente es soberana con respecto al resto del antiguo mundo helénico y que, a salvo de la concepción territorial y de algún otro matiz relevante, se reproduce *mutatis mutandi* un panorama similar al actual[49]; el mundo está dividido en Estados y las personas se hallan vinculadas al Estado del que forman parte. Sin embargo, esta constatación hay que conjugarla con alguno de los datos apuntados en la primera parte de este capítulo. Instituciones como las que acabamos de describir: σιμβολα, σιμβολαι, ασιλια, ξενια, προξενια o ισοπολιτεια, ponen de relieve que las πολεισ griegas manifestaban una tendencia a la coordinación en el plano jurídico que se concretaba en dos aspectos muy significativos: apertura de los tribunales de la πολισ a los litigios en los que no ciudadanos se constituyeran en parte como demandantes o demandados y establecimiento de regímenes de extranjería especiales y beneficiosos para las personas originarias de las πολεισ más afines. En los movimientos actuales de integración pueden apreciarse afinidades sustanciales. En el ámbito europeo, por ejemplo, los caminos que han llevado al Reglamento 44/ 2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; o al establecimiento de una ciudadanía europea, han sido columnas vertebrales de un sistema de integración que no ha supuesto una

[49] Vid. Maridakis en *loc. cit.* (nota 8) Tomo I pág. 487; id "Isócrate Eginétique. Contribution à l´histoire du droit international prive" *Melanges Streit* Tomo I 1939 pág. 575.-

transformación o disminución significativa de la soberanía de sus Estados miembros.

El último nivel de esta autonomía e independencia es el que se refiere a la dimensión auténticamente *ad extra*; es decir, la que mantienen las πολεισ con las unidades políticas ajenas al mundo griego; esta independencia fue absoluta y se produjo en los términos clásicos de estas relaciones en el mundo antiguo.

2. La íntima relación entre πολισ y πολιται.

La estructura jurídico-política de la *πολισ* durante el periodo clásico tiene su origen en la primitiva ciudad griega. Como ha puesto de relieve Hinsley, hasta el siglo cuarto a.d.c. la *πολισ*, a pesar de ser una comunidad altamente organizada, era también y fundamentalmente:

> "... *una comunidad en donde la perspectiva de sus miembros no se había liberado aun de los limites familiares y tribales y la estructura de gobierno no se había alejado aún suficientemente de las formas y de las instituciones de la sociedad tribal para dar el paso a los métodos y procedimientos del Estado."* [50].

La relación entre el grupo que compone la ciudad y la estructura del poder que la gobierna es particularmente estrecha. Tenekides la describe sobre la base dos rasgos principales[51]:

---

[50] Vid. Hinsley, en *ob. cit.* (nota 22) pág. 32.-

[51] Vid. Tenekides en *ob. cit.* (nota 19) págs. 504-506.-

1. Entre el ciudadano y el poder se interpone un número mínimo de obstáculos. Los dispositivos de gobierno de la πολισ se encuentran siempre bajo el control estrecho de la asamblea de la ciudad. La "soberanía" de la ciudad y su ejercicio se apoya sobre el conjunto de los ciudadanos.

2. Pero es que, además, en la etapa clásica, la organización social, política y jurídica obligaba al ciudadano a participar activamente en la vida de la πολισ[52]. Este último dato aparece detalladamente recogido y explicado en el libro tercero de la "*Política*" de Aristóteles, cuando aborda el concepto de ciudadano y los distintos regímenes políticos de las πολεισ griegas[53]. Todas las funciones asignadas a cada uno de los ciudadanos que componen la *πολισ* tienen un objetivo básico común: la conservación de la ciudad como grupo.

A partir de estas dos premisas nos va a resultar más fácil aprehender en todos sus matices el verdadero concepto de la ciudad-estado, la relación πολισ–πολιται y la ecuación ciudad-ciudadano-derecho. Estas dos características son las que constituyen el núcleo conceptual que da sentido al resto de las particulares definitorias de las *πολεισ* griegas. En su base pueden

---

[52] Son especialmente significativas a este respecto las palabras de la Oración Fúnebre que Tucídides atribuye a Pericles: "*Las mismas personas pueden dedicar a la vez su atención a sus asuntos particulares y a los públicos, y gentes que se dedican a diferentes actiVid.ades, tienen suficiente criterio respecto de los asuntos públicos*" Vid. Tucidides "*Historia de la guerra de Peloponeso*", (3 vol.) trad. Torres Esbarranch, Madrid 1990-1991, (II, 4º,2).-

[53] Vid. Aristóteles *Política* (ed, bilingüe de Marías y Araujo) CEC Madrid 1989 libro III, 1276 b.

explicarse las relaciones que existieron entre ellas, la razón de sus guerras y la existencia de esa comunidad natural y ritual que aglutinaba a los griegos en torno a un eje común.

Unas agrupaciones sociales de origen familiar-tribal, organizadas en estructuras políticas de convivencia, que se arraigaban profundamente en las concepciones religiosas que les eran propias, obtenían en estos fundamentos organizativos las garantías de su supervivencia. No debe perderse de vista que las πολεισ eran conscientes de que debían subsistir en un contexto "internacional" que amenazaba constantemente su devenir. Este compromiso recíproco entre el ciudadano y la ciudad aseguraba la existencia de la πολισ más allá de los peligros que suponían las invasiones enemigas. En una guerra podían morir muchos ciudadanos, desparecer las riquezas o, incluso perderse el territorio, pero mientras no se extinguiese por completo el grupo la ciudad pervivía.

Cuando una πολισ griega vencía a otra en una guerra, lo normal es que se anexionase el territorio conquistado. Sin embargo, la anexión del territorio de la ciudad vencida no significaba necesariamente que ésta fuese anulada como *πολισ*. Podía subsistir aunque fuese en calidad de *σιμαχοσ* o aliado sometido. Si fundaba una colonia sobre su conquista, el hecho de que esa colonia se constituyera en *πολισ* no significaba que el citado territorio dejara de ser propiedad de la metrópoli; ni que fuese tan solo un grupo subordinado a la ciudad conquistadora. Podía ser una verdadera

πολισ en el sentido jurídico del término[54]. Hampl ha demostrado en sus trabajos la posibilidad de que algunas πολεισ no tuviesen un territorio propio. El grupo podía asentarse sobre unas tierras que tenían la categoría de "propiedad prestada" y que pertenecían a otra πολισ. Este dato no desfiguraba en absoluto su configuración político-jurídica como ciudad.

3. La relación entre el derecho y el factor religioso.

El tercer rasgo que identifica a la πολισ se encuentra en la vinculación de la ley con el culto a las divinidades. Entre lo religioso y lo social, lo domestico y lo cívico no hay diferencias. En Grecia, lo sobrenatural y lo natural, lo divino y lo mundano son elementos que se producen con solución de continuidad y este es un dato que no debemos perder de vista[55]. La religión griega no constituye un sector superpuesto a la vida familiar, profesional, política o de ocio; sino que se halla integrada en todas las facetas de la vida ciudadana.

Sobre todo en la Grecia arcaica y clásica, se configuró con los caracteres propios de una religión cívica. Lo social, lo político y lo religioso se entroncaban íntimamente formando una unidad indisoluble. El culto a los dioses, era la base de la unidad de la πολισ y sólo podían tributarlo aquellos que perteneciesen al grupo. La πολισ era una comunidad de ciudadanos que estaba cimentada

---

[54] Vid. Hampl "Poleis ohne territorium" *Klio* nº 32 págs. 1-59.-

[55] Vid. Tenekides, en *ob. cit.* (nota19) pág. 508.-

en los cultos[56]. Cada ciudad se colocaba bajo el patronazgo de unos determinados dioses a los que hacía propios y que eran los que le conferían su peculiar fisonomía religiosa frente a la demás *πολεισ*. No podía existir una ciudad sin dioses y cada ciudad reconocía, adoptaba y hacía suyas a unas divinidades concretas[57]. Esos dioses eran los encargados de velar por la seguridad de las *πολεισ* y entre ellos se escogía un dios principal que se convertía así en el propietario de la ciudad[58]. Los éxitos políticos y militares tenían su fundamento en la voluntad del dios que amparaba a la *πολισ*. Todo dependía de ese dios y de esas divinidades.

Desde esta óptica se puede aprehender con claridad la estrecha correlación religión-derecho. Los griegos entendían que las leyes tenían su origen en la religión y no en la idea de justicia. Por lo tanto era lógico que considerasen que para que pudiera establecerse una relación de derecho era necesario que existiese una comunidad de culto entre las partes. La religión establecía así una profunda diferencia entre un ciudadano y un no ciudadano al que, además, se le consideraba impuro por cuanto no formaba parte de la

---

[56] Vid. Vernant ”*Mito y religión en la Grecia antigua*.” (traducción de S. Maria del Carril) Barcelona 1991 págs. 39-62.-

[57] Vid. Vernant, *ob. cit.* (nota 56) *passim*.-

[58] Estas son las conclusiones a las que llega Brackert después del estudio de 39 πολεισ de todo tipo, señalando que a pesar de no existir reglas rígidas las πολεισ tienden a asociar su éxito con una divinidad en particular y a utilizarla para representar la identidad de la πολισ.Vid. Brackert “*Zum problem der Schutzgottheiten Griechischer Städte*”. Berlin 1976 págs. 155-157.-

sociedad ligada al culto[59]. El derecho de cada πολισ constituía un sistema propio y diferente al de las otras y, de la misma manera que el extranjero no era admitido al culto de la religión que sustentaba a la ley, era excluido de la ley que se ligaba a ese concreto culto. Parafraseando a Laurent si los extranjeros no podían presentarse ante los altares en los que los ciudadanos honraban a sus divinidades, mucho menos podían pretender ampararse del derecho que emanaba de los dioses[60].

No olvidemos que estamos analizando un período de la historia en el que las guerras entre ciudades eran constantes y el recelo mutuo estaba muy agudizado. Todo griego que se hallase en una *πολισ* diferente a la suya era un extranjero y, por lo tanto, un ser ajeno a su ordenación jurídica. Nada de lo que se le hiciese podía resultar justo o injusto puesto que no existía un parámetro legal con el que comparar la acción de que hubiese sido objeto. De ahí la enorme importancia de ser ciudadano y de ahí que, en la Grecia clásica, las infracciones más graves fuesen castigadas con el destierro o con la perdida de la condición de ciudadano. Al condenado con estas sanciones se le prohibía la práctica de la religión y, al no poder participar ahora del culto, perdía

[59] Para Laurent el factor religioso es determinante con respecto al tratamiento jurídico de los extranjeros y así señala en "*Droit civil...*" *ob. cit.* (nota 46) pág. 22 que: *"il reste quelque chose de l´espirit sacerdotal chez les grecs. On comprend que les étrangers n´aient pas été admis aux mystères, culte secret de sa nature, mais l´exclusion s´étendait même aux cérémonies publiques. Certains usages rappellent le régime théocratique: il y avait des prêtes qui refusaient de se servir de tout ce qui venait d´un pays étranger. Ne pouvaient pas se présenter devant les mêmes autels, comment les Grecs se seraient-ils consideres comme frères?"*.-

[60] Vid. nota anterior.-

automáticamente los derechos civiles y políticos que fueron inherentes a su perdida condición de ciudadano.

Para adquirir la condición de ciudadano en las antiguas *πολεισ* griegas no bastaba con residir en el territorio, sino que había que cumplir una serie de complejos requisitos para acceder a tal condición. La explicación de este hecho se encuentra en las propias concepciones religiosas que acabamos de describir. Los vínculos entre el dios principal y los ciudadanos no podían ser unilateralmente alterados introduciendo nuevos elementos en el grupo. Los πολιται no se consideraban dotados de competencia para otorgar libremente la ciudadanía a un extranjero. Sabían que, en principio, los dioses nacionales rechazaban al extranjero y temían que los sacrificios pudiesen ser perturbados por la presencia del recién llegado al grupo. La concesión de la ciudadanía al extranjero estaba considerada, pues, como una posible violación de los principios fundamentales del culto nacional y por esta causa la ciudad se mostraba tan reacia a otorgarla.

En tiempos de Herodoto, Esparta solo había concedido la ciudadanía a un adivino, y para ello necesitó el pronunciamiento formal del Oráculo. Atenas la otorgaba a veces, pero con muchas precauciones. Era preciso que la asamblea reunida votase la admisión del extranjero y, una vez que se hubiese declarado a favor, se exigía que nueve días después una segunda asamblea ratificase la admisión a través de una votación secreta. La concesión de la ciudadanía exigía que el escrutinio arrojase un

resultado favorable superior a los seis mil sufragios[61].Ni siquiera para declarar la guerra o elaborar una nueva ley se requerían condiciones tan duras.

El sistema de relaciones internacionales griego se arraiga también en la religión. Todos los acuerdos, tratados e instituciones de protección al extranjero entre las ciudades griegas encontraban su fundamento obligacional en la religión. Su inobservancia o vulneración directa constituía una ofensa a lo dioses garantes que podía acarrear consecuencias muy negativas para la πολισ infractora. De esta manera los tratados internacionales griegos, ratificados a través del elemento religioso, gozaron de una excelente estabilidad y su cumplimiento quedó garantizado de forma muy satisfactoria.

El entendimiento del papel jugado por la religión en las ciudades griegas y en sus relaciones recíprocas resulta clave para la comprensión del funcionamiento del Derecho en la etapa histórica considerada. El juicio y muerte de Sócrates y la argumentación esencialmente religiosa de los motivos políticos que llevaron a su condena constituye un exponente muy claro de esa relación entre el culto, la política, la ley y el compromiso ciudadano[62].

---

[61] El número de ciudadanos ha sido objeto de un estudio realizado por Hansen, que apoyado en abundante documentación argumenta que en el siglo IV los ciudadanos atenienses serían entre veinticinco y treinta mil (incluyendo los ciudadanos honorarios, los clerucos y mercenarios) Vid. Hansen "*Demografy and democracy. The number of Athenians citizens in the fourth century*" Dinamarca 1986 págs. 24-64.-

[62] Para Laeger: "*Sócrates es una de esas figuras imperecederas de la historia, que se han convertido en símbolos. Del hombre de carne y hueso y del ciudadano ateniense nacido en el año 469 a.d.c. y condenado a muerte y ejecutado en el año 399 a.d.c. han quedado grabados, pocos rasgos en la historia de la humanidad, al ser elevado por esta*

4. De la personalidad y de la territorialidad del Derecho y de su significado en la Grecia de las ciudades.

Si fijamos el comienzo de nuestra reflexión en el mundo griego y cerramos el paréntesis con la caída de la monarquía visigoda, los principios de la personalidad y de la territorialidad de las leyes constituyeron –y aún hoy constituyen- unas claves de vital importancia para comprender las soluciones que recibieron los "conflictos de leyes" en las épocas que vamos a considerar. Pero no puede olvidarse que ésta ha sido una de las nociones que más transformaciones ha sufrido a lo largo de la historia del derecho. Para profundizar en el significado de ambos principios resulta necesario distinguir entre el concepto de "nación" (entendida como "pueblo") y el significado de "territorio" (entendido como el espacio físico en el que el poder ejerce sus competencias)[63]. Partiendo de esta base puede establecerse una correlación sencilla entre nación y personalidad del derecho, para considerar que esta última expresión alude a la facultad de la ley del grupo para regular las situaciones y relaciones jurídicas de sus miembros. Por su parte, territorio y territorialidad de las normas establecerían otra

---

al rango de unos de sus pocos "representantes". A formar está imagen no contribuyo tanto su Vid.a ni su doctrina, en la medida en la que realmente profesaba alguna, como la muerte sufrida por él en virtud de sus convicciones". Vid. Laeger "*Los ideales de la cultura griega*" (traducción de Xirau y Roces) México pág. 389.-

[63] Vid. Torres López en "*Lecciones de Historia del Derecho español*" Volúmen II Salamanca 1936 págs. 92-93.-

correspondencia que, a nivel jurídico, vendría a expresar la obligación que tienen todos los presentes de ajustar sus actuaciones a lo dispuesto por la ley del lugar en que se encuentren.

Ahora bien, si para el Derecho internacional privado moderno, esta explicación de la territorialidad puede resultar suficiente, la correspondiente al concepto de "personalidad", en cambio, debe matizarse aún más. Y es que, en la actualidad, con ella expresamos -y esto es lo esencial- una cualidad de las normas destinada a proyectar su esfera de eficacia más allá de los límites del poder que las dicta. Tradicionalmente se ha conferido este efecto a los preceptos referidos al estatuto personal con el objeto de definir establemente el estado civil de las personas. Si la capacidad y relaciones de familia de un individuo son establecidas con base en una única ley (la de su grupo) y estas cualidades eran reconocidas y respetadas por todos los demás ordenes jurídicos, se conseguía que la persona fuese de una condición única en cualquier parte en la que se encontrase y respecto de cualquier otro sujeto con el que se relacionase, perteneciese o no a su mismo grupo "nacional"[64]. La personalidad de las leyes se configura, pues, hoy en día como un atributo que las dota de "extraterritorialidad". Desde este punto de vista, el Derecho no tuvo ese carácter en Grecia. El principio de la personalidad de las leyes no significó la proyección del derecho ciudadano fuera del marco comunitario de la *πολισ*.

[64] Sobre el moderno concepto de personalidad Vid. Louis-Lucas "Territorialisme et nationalisme dans l´oeuvre de J.P. Niboyet" en *Travaux du Comité français de Droit international privé* Paris 1955 págs. 11 y ss.-

La ciudad tiene su origen en la familia, que se agrupa en torno a un culto, y se constituye y desarrolla sobre la base de un pacto de grupo humano. Epicuro explica sin ambages que el extranjero se encuentra excluido del derecho de la *πολισ*, porque no forma parte del acuerdo originario con el que se ligaron a ese derecho los miembros del grupo ciudadano. No es que el no ciudadano careciese de derechos; lo que significa este punto de partida es simplemente que el extranjero no forma parte del acto fundacional del cual se derivan los derechos inherentes a la ciudadanía de una *πολισ* concreta; que no se encuentra incluido en él. En consecuencia la, cualidad de ciudadano constituye el fundamento de la personalidad, puesto que la razón última del derecho es la defensa del grupo.

La no pertenencia a una comunidad no suponía de ningún modo la carencia de derechos, sino la posición marginal del extranjero frente a la ley de la *πολισ*. Quien se encontraba fuera, no del territorio en el que se asentaba el grupo ciudadano, sino de su comunidad natural, no podía ejercitar ningún derecho ni obligarse por ninguna causa ya que esa capacidad solo la tenía frente al grupo que se la reconocía y no frente a otros grupos a los que era ajeno[65]. La persona solo podía ejercitar sus derechos frente aquellos individuos que perteneciesen a su misma comunidad política con independencia de que la relación surgiera dentro o fuera del espacio

---

[65] Un análisis de la evolución histórica de la aplicación de estos principios en Grecia (principio de personalidad), en Roma (territorialidad) y en el periodo altomedieval (personalidad-territorialidad), Vid. González Campos, "*Curso de Derecho internacional privado, parte general*" Madrid 1982-1983 (policopiado por la U.A.M.) págs. 40-43.-

físico de la $\pi o \lambda \iota \sigma$. De ahí que los ciudadanos provenientes de una misma ciudad-estado pudiesen seguir viviendo de acuerdo con su normativa propia, en el marco de una $\pi o \lambda \iota \sigma$ distinta, en lo relativo a las relaciones con sus conciudadanos. En todos los demás casos, la efectividad de sus derechos como ciudadano se acababa en el límite de la $\pi o \lambda \iota \sigma$ de la que fuese originario.

En otros términos esta primacía del elemento personal-grupal sobre el territorial se correspondería en la actualidad con el principio de territorialidad de las leyes, en el sentido de que el derecho emanado de una comunidad se aplicaba sólo a las relaciones constituidas en su seno, sin referencia alguna a la posible aplicación extraterritorial de la misma. El derecho de la $\pi o \lambda \iota \sigma$ ha sido creado para regular las relaciones entre dos o más ciudadanos de la misma y en principio estas relaciones no están concebidas fuera de este entorno para el que han sido creadas. Para hablar en lenguaje moderno, las leyes eran esencialmente territoriales.[66]

En Grecia no bastaba con ser hombre para ser sujeto de derecho. Para detentar en la $\pi o \lambda \iota \sigma$ una personalidad jurídica plena era necesario ser ciudadano. Eso no significaba que los demás grupos de población asentados en su territorio careciesen de derechos y obligaciones jurídicas. Los $\mu \varepsilon \tau \varepsilon \chi o \sigma$ (que no eran considerados ciudadanos), carecían de derechos políticos; pero, a diferencia de otros extranjeros, estaban considerados miembros de

[66] Este es el sentido en el que Laurent considera que "*Son droit expirait à la limite de l´Etat dont it était membre. Pour me servir du langage moderne, les lois étaient essentiellement territoriales*" Vid. en *ob. cit.* (nota 46) Tomo I pág. 134.-

la comunidad y gozaban de un estatuto propio. Tenían la obligación de contribuir financieramente al sostenimiento de la *πολισ* de Atenas pagando un impuesto especial conocido como el *μετοικον* que consistía en el pago de doce dracmas al año si se era varón o en el de seis si se era mujer; tenían la obligación de servir al ejército cuando fueran requeridos para ese fin so pena de destierro pero, a cambio, gozaban de otras ventajas de las que carecía otros grupos de población asentados en el territorio de la πολισ como eran los esclavos o los privados de ciudadanía.

En consecuencia puede afirmarse que el concepto de personalidad en la Grecia clásica se limita a traducir la vocación que tiene el Derecho procedente de la *πολισ* para administrar la posición del *πολιτεσ* dentro del grupo de los demás πολιτεισ. El principio de personalidad del derecho en Grecia se concreta en el contexto ciudadano donde se ejercitaban los derechos y obligaciones derivados del estatuto de *πολιτεσ*.

Esta tesis puede contrastarse en uno de sus puntos clave a través de un análisis del tratado entre Mileto y las ciudades cretenses. En este acuerdo se regulaba la restitución de los hombres libres capturados en una *πολισ* contratante y que se hallaban en otra de las ciudades partes. Sobre la base de este enunciado pudiera parecer que la condición de "hombre libre" venía definida por la ley de su πολισ y que el convenio no hacía sino introducir un mecanismo para poder reconocer jurídicamente en las demás ciudades parte ese estado de "hombre libre" que le confería su ley

personal. Pues bien, aunque, en efecto, la determinación de la condición de hombre libre corresponda a la ley de la ciudad de origen, lleva razón Sturm cuando señala que el tratado lo que hacía era proteger ese estado de libertad dado que, por sí sola, la ley personal del secuestrado no podía ni definir su condición de hombre libre ni hacerla efectiva fuera de la πολισ. Se requería la mecánica de un convenio para poder obtener ese reconocimiento de la cualidad y hacer derivar consecuencias de ella[67]. El hecho pues de la existencia de este convenio viene a subrayar cómo el concepto de la personalidad de las leyes en la Grecia estudiada es bien distinto del que ahora expresamos con idéntica denominación.

[67] Vid. Sturm *ob. cit*. (nota 9) pág. 262.-

III. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA GRECIA DE LAS CIUDADES.

1. La condición del extranjero y su acceso a la justicia.

Al inicio de la época estudiada resulta muy difícil apreciar ninguna manifestación que podamos identificar con el Derecho internacional privado. Por el contrario, todo lo que pude detectarse nos lleva a negar radicalmente la posibilidad de que se plantease la articulación de normas destinadas a resolver los problemas jurídicos que se pudieran suscitar entre ciudadanos de distintas πολεισ. La razón es muy simple, en el esquema conceptual descrito en el epígrafe anterior, no cabía concebir la eventualidad de que pudieran considerarse "jurídicas" las situaciones o relaciones protagonizadas por personas ajenas al culto de la πολισ. Lo que puede constatarse es que el extranjero carecía de propiedad privada, no podía ejercer el comercio, ni heredar ni testar a favor de su familia. Tampoco tenía acceso a la justicia de la ciudad. Cuando cometía algún delito se le castigaba sin que fuese juzgado por un tribunal; Y es que, dentro de su lógica, la ciudad no se consideraba obligada a suministrarle justicia.

Es a partir de la Grecia clásica y debido a las necesidades del comercio y a las transformaciones que van experimentando los conceptos de justicia y derecho, cuando esta situación cambió. A nivel penal se nombró a un juez especial encargado de los juicios

de tal carácter en los que fuesen parte los extranjeros y se estableció la figura del *Πολεμαρχο.*

En el ámbito civil y comercial se establecieron también una serie de instituciones destinadas a la protección jurídica del extranjero. La figura del *προστετεσ* o protector de los *μετεχοσ* (que eran los extranjeros procedentes de las πολεισ helenas) constituyó un paso importante. Cada μετεχο designaba a un ciudadano de la πολισ en la que residía con el fin de que le representase en los asuntos judiciales o administrativos en los que tuviese interés en comparecer. El προστετεσ formaba parte del culto y del derecho de la ciudad y, como tal, podía suplir la ausencia de "personalidad jurídica" del extranjero. Esta institución no solo beneficiaba al μετεχο, al darle la posibilidad de exigir sus derechos en la ciudad, sino también al ciudadano ya que podía establecer relaciones amparadas por la justicia. En consecuencia, la designación de un προστετεσ se convirtió en una costumbre generadora de una obligación específica para el μετεχο. Todo μετεχο estaba obligado a nombrar su προστετεσ y, de no hacerlo, podía ser castigado con la pena de esclavitud, y la venta en pública subasta.

La doctrina esta dividida a la hora de definir las competencias del *προστετεσ.* Un sector ha entendido que su designación constituía una obligación que debía cumplir el μετεχο cada vez que hubiese de intervenir en un procedimiento judicial ya

fuese como demandante o como demandado[68]. Otra fracción considera que el *προστετεσ* actuaba como un simple garante del *μετεχο* en la ciudad y que su intervención se limitaba a inscribirle en el registro del *δεμο* ateniense. Con esto se conseguía oficializar su incorporación a la πολισ en calidad de μετεχο y, a partir de ese momento, dejaba de ser un extranjero en su sentido más duro y excluyente[69]. Existe otra postura, representada por Harrison[70] que deja muy imprecisa la figura del προστετεσ. Nos advierte con razón que, sin conocer bien las características procesales de la época, es muy difícil determinar cual era el auténtico cometido del *προστετεσ* y que resulta arriesgado afirmar si su función iba o no iba más allá de la de ser el garante de un *μετεχο* cuando éste formalizaba una demanda o contestaba a una demanda.

Nosotros entendemos que hay que distinguir dos periodos para comprender como fue evolucionando la posición del extranjero ante la "jurisdicción" de otra ciudad. Un primer periodo que abarcaría desde principios del siglo quinto a.d.c[71] hasta el año 350 a.d.c.; y un segundo periodo que lo situaremos a partir de esta fecha, ya que coincide con la reorganización de la institución de las

---

[68] Vid. Lipsius "*Das attische Recht. und Rechtsverfahren*» Tomo II Leipzig.1905-1914. pág. 370.-

[69] Esta postura la siguen entre otros: Von Wilamowitz-Moellendorf, "Demotica der moetoeken" *Hermes* nº 52 1887 pág 232; U.E. Paoli "*Altri Studi di diritto Greco e Romano*" Milan 1976 págs. 197-202; G. Glozt "*Histoire Grecque*" Tomo. II págs. 251-252; MacDowell, "*The law in classical Athens*" 4ª ed. Nueva York 1995. pág. 78.-

[70] Vid. Harrison "*The Law of Athens*" Oxford 1971 Tomo II pág. 192.-

[71] Es decir, desde el momento en el que suele situarse el nacimiento de la *πολισ*.-

δικαι εμπορικαι o acciones comerciales[72]. Constituían un sector independiente del derecho ateniense y atendían a la naturaleza de las obligaciones que se ventilasen judicialmente y no a la cualidad personal de los litigantes. A partir de este cambio la importancia de la función del *προστετεσ* decrece, puesto que ya sólo resultará necesaria en aquellos contenciosos privados que no posean carácter mercantil. En todo caso esta evolución marca un importantísimo hito en los métodos utilizados para el tratamiento de los problemas de tráfico externo.

La institución de las *δικαι εμπορικαι* se encontraba abierta a cualquier comerciante ya fuese ciudadano, *μετεχο* o incluso a un extranjero de paso y esto hizo que supusieran un verdadero progreso en materia de extranjería; y es que en los procesos de tipo comercial, el extranjero -griego o no- se encontraba asimilado al estatuto del ciudadano y no se diferenciaba del *μετεχο* a estos efectos. Cualquiera se podía dirigir como demandante a los mismos tribunales en los que pudiera ser citado como demandado sin necesidad de ninguna representación; además obtenía la justicia en un tiempo mínimo y disponía de los mismos derechos y garantías que cualquier *πολιτεσ*. El órgano jurisdiccional competente para conocer de estas acciones comerciales eran los *τεσμοτεται* y el derecho aplicado por este

---

[72] Vid. Gautier en *ob. cit.* (nota 44) págs. 133-136; esta tesis es seguida con alguna matización importante por Harrison « *The law of Athens* » Tomo I Oxford 1968 págs. 192-199.-

tribunal para los conflictos de tráfico externo era el derecho mercantil que era un derecho autónomo del resto del sistema jurídico ya que no distinguía entre comerciantes ciudadanos, comerciantes *μετεχοσ* o comerciantes extranjeros. Resulta muy significativo el Discurso de Demóstenes sobre un supuesto en el que un ateniense se oponía a un faselita llamado Lácrito [73].

2. El discurso de Demóstenes en el asunto de Lácrito.

La excepción que da origen a este caso era un recurso utilizado habitualmente ante los tribunales atenienses. Su objetivo consistía en demostrar la inadmisibilidad de la demanda interpuesta por el actor. Los hechos en los que traía causa este asunto fueron los siguientes: Andocles había concedido un préstamo marítimo a Artemón, suscribiendo el contrato en presencia de su hermano Lácrito. Artemón falleció antes de haber hecho efectiva la devolución del préstamo y Andocles demanda a Lácrito por no haberle satisfecho la deuda crediticia asumida por su hermano. Para ello alegaba que Lácrito no sólo era el heredero del deudor sino también el garante del préstamo impagado.

Lácrito que negaba haber prestado garantía y había renunciado a la herencia de su hermano, presenta una excepción previa oponiéndose a la admisión de la acción por considerar que no se daban los requisitos necesarios para que el litigio quedase

[73] Vid. Demóstenes contra Lácrito, XXXV- 45 *Discursos privados* (traducción de Coludí) Tomo I Madrid 1983 págs. 137-156.-

incluido en la categoría de δικε εμπορικε. Demóstenes, defensor de Andocles, hace un recorrido por los distintos órganos jurisdiccionales de la *πολισ* de Atenas encargados de conocer de los diferentes litigios. Este sector del discurso nos va a permitir ir identificando una serie de tribunales cuya competencia va descartando para demostrar que solamente debe juzgar este asunto precisamente aquel al que se ha dirigido la demanda.

En primer lugar se refiere a "*Los Once*" que era un órgano encargado de los servicios policiales compuesto por diez miembros y un secretario y no los considera competentes puesto que: "*Estos introducen las acciones contra horadadores de paredes, ladrones y otros malhechores reos de muerte"*

En segundo lugar analiza la competencia del *αρχοντε επονιμο* al que tampoco considera adecuado porque ejerce su jurisdicción en los asuntos de familia.

En tercer lugar, descarta la intervención del *αρχοντε* encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones religiosas, toda vez que no se denuncia a nadie por impiedad.

En cuarto lugar, se referirá a la figura del πολεμαρχο, por cuanto siendo el órgano encargado de conocer los litigios en los que intervienen extranjeros, podría ejercer jurisdicción sobre este asunto, pero lo descarta de inmediato por tratarse de un caso en el que no podría entrar.

En quinto lugar menciona a los εστρατεγοσ: "...*pero ellos designan los τριεραρχοσ, más acción mercantil no introducen ninguna*"

Así las cosas, y por exclusión, solo quedarían los tribunales encargados de las acciones comerciales. Demóstenes se dirige a Lácrito y le demuestra la viabilidad de la acción interpuesta por su defendido con estas palabras:

"Yo soy comerciante, y tu hermano y heredero de los comerciantes, de quien recibió de nosotros los fondos marítimos. ¿A donde pues, hay que acudir para comparecer en esta causa? Indícalo Lácrito, exponiendo solo argumentos de derecho y según las leyes. Pero no hay un hombre tan hábil que sobre hechos tales pueda decir un motivo de derecho"[74]

El discurso de Demóstenes nos ofrece un esquema del sistema judicial ateniense pero, además, una vez que ha argumentado contra la pertinencia de la excepción, entra en el fondo del asunto y realiza una defensa de Andocles en la que pone muy claramente de relieve el funcionamiento de un derecho comercial internacional de rasgos similares al actual. Efectivamente, del discurso se infiere una ordenación del comercio marítimo basada en tres pilares:

El constituido por unas costumbres uniformes ampliamente arraigadas en las distintas plazas donde se llevaban a cabo las

[74] Vid. Demóstenes *ob. cit.* (nota 73) XXV, 48-49.-

transacciones. Demóstenes en su discurso se pregunta: “... *¿Para todos nosotros no han sido redactadas las mismas leyes y el mismo derecho en materia de procesos mercantiles?..*” [75];

El de la primacía del contrato y el amplio margen de la autonomía contractual; Demóstenes utilizaría, entre otros argumentos, que: “*Esos acuerdos están escritos con tal exactitud en el contrato; pero éstos, jueces, allí mismo demostraron al máximo su insolencia y desvergüenza, y que no atendían a lo más mínimo a los términos del contrato, sino creían que el convenio no era otra cosa que palabrería insustancial...*”[76].

El que venía dado con base en unas normas imperativas especiales destinadas a la protección de la economía de cada ciudad. En el discurso de Demóstenes aparece una referencia a ellas cuando afirma: “*No sea lícito a ningún ateniense, ni meteco residente en Atenas, ni a nadie cuyos tutores sean éstos, prestar dinero con garantía de una nave que no vaya a transportar trigo a Atenas, y las demás disposiciones escritas sobre cada uno de ellos. Si alguien lo da contra esas normas, sean la denuncia y la demanda de confiscación del dinero ante los inspectores...*”[77].

La relación que existe entre la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual y estas normas materiales imperativas se

[75] Vid. Demóstenes .*ob. cit.* (nota 73) XXV, 45.

[76] Vid. Demóstenes. *ob. cit.* (nota 73) XXV, 25-27.

[77] Vid. Demóstenes *ob. cit.* (nota 73) XXV, 51.

corresponde con la que se produce en la actualidad. El hecho de ventilarse el asunto ante un tribunal independiente para el sector del comercio internacional, no enervaba la necesidad de aplicar la norma imperativa. Demóstenes lo que alegará es que el contrato tomaba en consideración la disposición ateniense y dejaba bien claro que no se prestaba el dinero para transportar trigo fuera de Atenas. Fueron los demandados los que incumplieron lo acordado vendiendo el grano en Quíos. Andocles se ajustó escrupulosamente a las prescripciones de la πολισ; Lácrito y Artenón las vulneraron.

3. El discurso de Isócrates en el asunto conocido como la Eginética.

Quizás, entre los textos que mejor se han conservado, uno de los que tengan una mayor transcendencia para entender las técnicas de solución de los problemas de tráfico externo, sea el que recoge la defensa llevada a cabo por Isócrates en el año 391-390 a.d.c. en la isla de Egina. Posee además el valor añadido de ser el primer y único discurso ático que no se pronunció en Atenas.[78]

Las coordenadas del caso son las siguientes: Trasilo, ciudadano originario de la πολισ de Sifno, ejerció el arte de la adivinación en distintas ciudades. Durante estos viajes había mantenido una relación en Atenas de la que nació una hija. Al regresar a su πολισ de origen contrajo matrimonio y engendró tres hijos; dos varones, Sopolis y Trasiloco, y una mujer. Trasilo otorgó

[78] Utilizamos el texto de Isocrates en "*Discursos Privados*" Tomo I (Traducción de Guzmán Hermida) Madrid 1979.-

testamento a favor de sus tres hijos y éstos le heredaron en su momento.

Tras la muerte de su padre y de su hermano, Trasiloco adoptó a un sobrino de su madre, lo casó con su hermana y lo nombró heredero. El adoptado se había integrado totalmente en la familia de Trasiloco; vivió con él en Sifnos bajo la hegemonía espartana y, después, le acompañó en su exilio por distintas *πολεισ* cuando, por razones políticas, fue expulsado de su ciudad de origen. Finalmente ambos se asentaron en Egina y adquirieron allí la condición de μετεχοσ. Cuando, tras su muerte, se abre la sucesión de Trasiloco, la hija natural de Trasilo comparece para inpugnar la validez de la adopción y del testamento de Trasiloco y, en consecuencia, para reclamar a su favor la herencia legada por su hermanastro. Frente a esta pretensión el hijo adoptivo y heredero de Trasiloco encarga a Isócrates la defensa de sus intereses.

El discurso de Isócrates tendrá como finalidad demostrar lo absurdo de la pretensión de la hija natural de Trasilo y la conformidad del testamento con la ley de la *πολισ*. Se referirá además al compromiso moral del difunto Trasiloco respecto a su hijo adoptivo, contraído por razones de amistad, compañía y gratitud durante el exilio y por el auxilio personal y económico recibido hasta el último día de su vida. Finalmente, traerá a colación una practica religiosa, en virtud de la cual, se prohibía dejar una casa (el *οικοσ)* sin heredero masculino. El final de su

exposición recoge magistralmente la estrategia de su defensa, cuando dice:

“Mas para dar ya fin y no molestaros por más tiempo, reparad qué derechos son los que tengo que producir para vosotros: lo primero una amistad con los que me han dejado esta herencia, antigua y heredada y por ningún tiempo interrumpida; demás de esto, los muchos y grandes favores que a estos mismos dispensé en los días de su desventura; después el testamento que los contrarios mismos no han negado, y últimamente, la ley en que éste se apoya y que es de todos los griegos aprobada...”[79]

Analicemos ahora el asunto desde su perspectiva estrictamente legal. Comencemos por la posición de las partes antes los jueces de Egina. Para ello hemos de recordar que tanto el causante como su heredero testamentario eran originarios de la πολισ de Sifno, ostentando en Egina la condición de μετεχοσ en el momento del pleito. No existen datos precisos en relación con la parte demandante, y algunos analistas piensan que no puede saberse con seguridad cual era su ciudad de origen. Es verdad que en su discurso Isócrates no especifica nada al respecto, pero nos es menos cierto que de la narración de los hechos se desprende que tampoco era egineta y que, con toda probabilidad, era ateniense. Lo entendemos así por dos razones; en primer término porque Isócrates habla de la conformidad del testamento con lo previsto por las leyes

[79] En esta ocasión manejamos el texto traducido por Ranz Romanillos que manifiesta diferencias con el anterior pero cuyo contenido se ajusta más en este punto a lo que consideramos el espíritu del discurso. Vid. “*Isocrátes, discursos completos*” Barcelona 1961 Volúmen II pág. 245.-

atenienses, referencia que hubiera carecido de sentido de no pertenecer a esa πολισ alguno de los litigantes. En segundo lugar, parece evidente que ella tenía que pertenecer a una *πολισ* con la que los eginetas tenían un acuerdo de competencia judicial, a no ser que la reclamante hubiese podido ser asistida por un *προστετεσ* lo que no casa bien con el contenido del discurso[80].

En la defensa de los intereses de su cliente Isócrates narra los hechos, desde la perspectiva de éste, subrayando de un modo muy especial que:

> *"Trasilo ejerció esta profesión de adivino viajó y residió en muchas ciudades, mantuvo relaciones con diversas mujeres, algunas de las cuales tuvieron hijos que aquél nunca legitimó; también en aquella época tuvo relaciones con la madre de ésta. Y cuando adquirió su gran fortuna y añora su patria, se separó de aquella y de otras, navegó hasta Sifnos y se casó con la hermana de mi padre".*

A partir de ahí va a ocuparse en demostrar la validez del testamento de Trasiloco y para ello no se limita a probar la adecuación de las disposiciones testamentarias al Derecho de una sola πολισ. Primero lo analiza a la luz de las previsiones legislativas de Sifnos, tal vez porque tanto el testador como el heredero eran ciudadano de esa πολισ. Una vez que queda acreditada la corrección del testamento, pasa a analizarlo desde el

---

[80]Vid. Maridakis en *ob. cit.* (nota 8) pág. 486; y Espinar Vicente *ob. cit.* (nota 14) págs. 562-563.-

prisma de la ley de Atenas, seguramente en razón de la ciudadanía de la demandante, para concluir que nada se oponía en el derecho ateniense a la eficacia del testamento; pero no se para allí, sino que prosigue en esa misma línea para calibrar su validez a la luz de la Ley de Egina, por cuanto se trata del lugar en el que se otorgó el testamento y es la sede del tribunal. Sólo cuando ha demostrado que desde el punto de vista de todas ellas el testamento es válido da por concluida esta fase de su análisis jurídico. Así pues, Isócrates para tratar un supuesto sucesorio ha utilizado la ley personal del causante, la ley personal de los presuntos herederos, la ley del lugar donde se otorgó el testamento, el ordenamiento jurídico del tribunal que conocía de la causa y la ley de la residencia habitual común del causante y heredero. En definitiva ha operado con base en las conexiones más típicas y tópicas que se utilizan para esta institución en el Derecho internacional privado comparado moderno.

Maridakis, al analizar el comportamiento de la defensa, llega a una conclusión muy similar a la que acaba de exponerse. La división de Grecia en un conjunto de πολεισ independientes, dotadas de un Derecho propio, configuraba el escenario de un pluriverso jurídico y, en consecuencia, podrían existir supuestos que se vinculasen a más de una ley, provocando dudas sobre cual de ellas debería ser aplicada. Esta constatación es la que llevaría a Isócrates a plantear su defensa en términos de Derecho internacional privado; es decir, buscando la ley más apta para sustentar la validez jurídica de una cuestión vinculada a varios

ordenes normativos[81]. Partiendo de esta base interpretativa, nosotros podríamos concluir que, en ausencia de normas para resolver los conflictos de leyes, Isócrates ofrecía a los jueces una solución que se manifestaba conforme con cualquiera de las leyes que pudieran aplicarse al asunto debatido.

Lewald enmarca su estudio en una conclusión más general. Desde su punto de vista, el examen de las distintas leyes alegadas por el defensor permite deducir la existencia de un denominador común en el contenido de todas ellas. Ello refuerza su idea de la unidad del derecho griego. Existen diferentes derechos locales pero todos ellos están construidos a partir del mismo substrato ideológico. Esto es lo que explicaría la dinámica que llevaba hacia la creación de un derecho civil griego común y que se reforzaría considerablemente durante el período helenístico. Lewald se apoya en la arquitectura de la defensa de Isócrates puesto que le ofrece una prueba evidente de esa uniformidad y de esa tendencia. La defensa hace uso de tres leyes de *πολεισ* griegas distintas y las tres suministras argumentos prácticamente idénticos para sustentar la defensa del heredero[82].

Alliot, en la tesis doctoral que defendiera en el año 1953, ofreció una interpretación muy distinta, que luego sería parcialmente seguida por Pérez Martín casi medio siglo después[83].

---

[81] Vid. La construcción de Maridakis en *ob. cit.* en nota anterior; *passim*.-

[82] Vid. H.Lewald en *ob. cit.* (nota 7) págs .419-440 y 615-639.-

[83] Vid. Pérez Martín en *ob. cit.* (nota 15) pág. 249, donde sostiene que la remisión a la ley de Egina se presenta en el Discurso a titulo de ley de domicilio de las partes.-

Para ambos investigadores Isócrates, desde el punto de vista jurídico-sustancial sólo se apoyó en la ley de Egina. Su excurso hacia otras leyes fue un mero abundamiento para reforzar la defensa. Alliot entiende que los μετεχοσ no podían quedar al margen del derecho de la ciudad que les reconocía ese estatuto. Si allí vivían y allí podían litigar, deberían poder hacerlo con base en la ley de esa πολισ. Ambos, pero sobre todo Pérez Martín, ven en esta técnica una clara aplicación de la ley domiciliar al μετεχο[84].

Espinar Vicente defiende una postura más ecléctica. Entiende que, evidentemente, los derechos civiles de las unidades griegas manifestaban un alto grado de homogeneidad por cuanto el sustrato religioso común así lo determinaba[85]. Pero considera, también, que las πολεισ poseían peculiaridades jurídicas diferenciales, que harían variar las soluciones de un mismo asunto según se planteasen en uno u otro foro. Por otra parte cree que el auténtico problema de Derecho internacional privado en aquella época era el que se le suscitaba a alguien que no era ciudadano y pretendía acceder a los tribunales de una πολισ ajena. Si por su condición de μετεχο, por la existencia de un convenio o por la mediación del προστετεσ podía pleitear, debería hacerlo con base en el derecho de esa πολισ. La vinculación *forum-ius* en los derechos antiguos se conformaba de una forma extremadamente rígida. Es muy dudoso

---

[84] Vid. Alliot M,"*Le conflict de lois dans la Grece ancianne*" Tesis Doctoral, Paris 1953. (inédita), *passim*.-

[85] Vid. Seferiades "Príncipes généraux du droit international de la paix" *R.C.A.D.I.* 1930 págs. 220-221.-

que la ecuación religión de la πολισ y ley permitiese romper la rigidez de este marco. En consecuencia, deduce que la ley de Egina es la que debe aplicarse pero *quia lex fori* y no como ley del domicilio. Sin embargo no descarta que los magistrados fueran reacios a pronunciar soluciones claudicantes, cuando las partes del juicio no fuesen πολιται en sentido estricto. En esta línea, desde su punto de vista, lo que hace Isócrates es argumentar sobre un supuesto hipotético para enervar esta posible preocupación: si las partes hubiesen planteado (o planteasen en el futuro) ese mismo contencioso en sus respectivas πολεισ de origen (la demandante en Atenas y el demandado en Sifnos) se obtendría el mismo resultado que aplicando la ley de Egina. En consecuencia, la decisión no sólo sería formalmente adecuada a derecho sino sustancialmente justa pues las partes no podrían obtener otro resultado en ningún otro foro[86]. Al final de su discurso el defensor dice algo que resulta particularmente significativo:

> *"...después del testamento que los contrarios mismos no han negado, y últimamente, la ley en que éste se apoya, y que es de todos los griegos aprobada como justa, siendo de ello la mejor prueba que en la demás materias suelen ser distinto parecer, más en esto todos absolutamente conspiran y convienen"*[87].

[86] Vid. Espinar Vicente *loc. cit.* (nota 14) págs. 562-565.-
[87] Vid. Isócrates en *ob. cit.* (nota 79) págs. 245-246.-

4. Justicia y Derecho en el discurso eginético.

Quizás sea en este último párrafo donde se encuentren las claves para entender el tratamiento de las cuestiones de Derecho internacional privado. Cuando dice esto, Isócrates ya ha demostrado la adecuación del testamento y la adopción a la ley. La validez de ambos actos se ha fundamentado, como hemos visto, en el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley de Egina. No obstante el defensor prosigue, poniendo en boca del heredero argumentos que ya no son de carácter jurídico puro. Los hechos y el derecho han cumplido su papel ahora toca aportar otras razones para convencer a los jueces de Egina de la justicia de la adopción y del testamento de Trasiloco:

> *"Creo, en efecto, que he demostrado suficientemente el asunto; pero para que nadie crea que tengo la herencia por motivos fútiles o que esta mujer está privada del dinero cuando se portó convenientemente con Trasiloco, quiero hablar también sobre esto. Pues me daría vergüenza por el mismo difunto, sino quedarais todos convencidos de que actuó no solo según las leyes sino también con la justicia".*[88]

A partir de este punto, se apoyará en los testimonios de quienes conocieron sus relaciones con Trasiloco y en sus propias experiencias para dibujar un cuadro de atenciones personales y servicios económicos prestados al causante a lo largo de su relación y los contrapone a la actitud de quien ahora pretende heredar. Deja

---

[88] Vid. Isócrates *ob. cit*. (nota 78) XIX, 16.-

clara su posición social y financiera y considera que, en ese marco, resulta escasa la recompensa que, a modo de herencia, recibe de Trasiloco. En esa contextualización, tanto la adopción como el testamento otorgado en Egina cobran todo su sentido. Aparecen como algo que es justo, adecuado y consecuente. La argumentación va seguir encaminada a demostrar la mala fe de la reclamante; pero una vez creada la ambientación, insistirá reiteradamente en la costumbre religiosa que prohibía dejar a la familia sin heredero masculino. En otros términos, describe un panorama humano adecuado y lo enmarca en las dos manifestaciones de la moral en Grecia: la religión y el derecho.

Y es que, de la misma manera que veremos al estudiar estas cuestiones en Roma, la buena fe y la justicia constituían factores determinantes de la decisión judicial griega. No es de extrañar, pues, que en supuestos heterogéneos en los que se enfrentaban partes foráneas, el discurso subrayase la justicia del *petitum.* No puede sorprender, en consecuencia, que la argumentación de Isócrates no sólo se apoyase en el derecho de Egina, sino que hiciese también un especial hincapié en un dato fundamental: ajustando lo preceptuado en todos los derechos a los que se conectaba el asunto, queda muy claro que el proceder de Trasiloco y de su hijo adoptivo se había adecuado a la moral jurídica y religiosa del marco en el que habían transcurrido sus vidas y se habían establecido las relaciones ahora discutidas. De ahí que finalizase su exposición diciendo:

“Y la mayor prueba es que los que mantienen opiniones contrarias sobre otras muchas cosas, en esto concuerdan. Os pido, pues, que teniendo en la memoria esto (justicia) y lo dicho anteriormente (derecho), votéis lo justo y seáis conmigo tales jueces como desearíais obtenerla para vosotros mismos”.[89]

Con estas palabras que serian probablemente las últimas de su discurso, (ya que existen dudas sobre si el texto ha llegado completo hasta nosotros) Isócrates fundamenta en el derecho y la justicia las bases de su defensa. Tal vez por la vía de la justicia los griegos podían traer a colación en sus juicios el derecho de otras πολεισ. No abrigamos serias dudas sobre esta posibilidad, siempre que el contenido normativo de las leyes aportadas ratificase las previsiones de la *lex fori*. En otros casos no lo entendemos posible. Sin embargo, lo que si queda claro es que en Grecia existía una “*comunidad de derecho*” establecida sobre el sustrato de una religión común, una economía interdependiente y una cultura muy afín. Sobre estos presupuestos cabía ya la posibilidad de establecer un sistema de Derecho internacional privado.

[89] Vid. Isócrates *ob. cit.* (nota 78) XIX. 51.-

CAPITULO II

EL TRATAMIENTO DE LOS CONFLICTOS DE LEYES EN EL MUNDO ROMANO

I. INTRODUCION

No cabe duda de que la mayor parte de las ramas del Derecho occidental son tributarias, en mayor o menor medida, del Derecho Romano y que el Derecho internacional privado, proveniente del Derecho "natural y de gentes", no es una excepción[90]. En la historia de Occidente, Grecia es la madre de la cultura y Roma, sin duda, es la encargada de sus aplicaciones prácticas[91].

El mundo romano ofrece claras similitudes con el modelo de la Grecia de las ciudades; convivió con él en sus orígenes y sus construcciones se proyectaron en el tiempo con una clara vocación de estabilidad y ejemplaridad. En el renacimiento se consideró como el paradigma perfecto e hizo fortuna el conocido aforismo según el cual, el Derecho debía ser a la realidad de su tiempo lo que el Derecho Romano fue a la suya. Partiendo de esa idea, en este capítulo vamos a tratar de reproducir un esquema de aproximación similar al utilizado en las páginas anteriores, con el fin de decantar los elementos de Derecho Romano que han ido impregnando la evolución posterior del Derecho internacional privado.

---

[90] Vid. Truyol en *ob. cit.* (nota 25) pág. 171: *La contribución más duradera de Roma al nacimiento de una ciencia del Derecho internacional, había de consistir en la elaboración por sus grandes juristas del concepto de ius gentium".-*

[91] Vid. Rodríguez Carrión en *loc. cit.* (nota 40) pág. 98.-

1. Consideraciones preliminares.

Hay que tener en cuenta que los caracteres específicos con los que se configura el tráfico externo en cada periodo histórico varían de una a otra época. Pues bien a los efectos concretos de este capítulo, entendemos que el Derecho internacional privado en Roma, (de poder admitir su existencia), se configuraría como el conjunto de técnicas y preceptos destinados a dotar de una regulación jurídica específica a las relaciones surgidas entre sujetos pertenecientes a comunidades autónomas diferentes y, en general, al conjunto de supuestos y situaciones que manifestaren índices relevantes de heterogeneidad.

En esta definición quisiéramos subrayar, de un lado la autonomía jurídica de la que deben disfrutar los derechos conectados a la relación, la cual ha de ser entendida como la capacidad del propio sistema para fijar su propio ámbito de aplicación -por vía convencional o interna- sin que exista una supraestructura jurídica que delimite imperativamente su esfera de competencia. Así pues, en la época analizada sólo consideraremos que disfrutan de tal autonomía aquellos sistemas jurídicos que la hubieren mantenido de forma real, bien sobre la base de los tratados concertados con Roma, bien sobre la base de un respeto fáctico.

Debemos excluir las pertenecientes a las unidades políticas ajenas al mosaico romano por ser percibidas como enemigas y negarse, por consiguiente, toda posibilidad de establecer relaciones jurídicas con sus gentes (*barbari, hostes*).

Por otro lado, la nota de heterogeneidad a la que se alude en el último inciso de la definición propuesta, expresa la no pertenencia del supuesto al grupo de situaciones homogéneas al que se refiere cada ordenamiento. En tal orden de cosas, queremos destacar que en el periodo estudiado, el "factor que determina la vinculación primaria entre la persona y un particular sistema jurídico" es el que define su pertenencia -o su aceptación coyuntural- en el grupo homogéneo que expresa el concepto de ciudad[92].

Sentada esta primera base, debemos señalar ahora que, en la realización de este capitulo, nos hemos centrado en el análisis de dos *topoi*: el constituido por el marco sociopolítico (tanto interno como internacional) del mundo romano y en la conformación de sus técnicas internacional-privatistas, estudiadas a la luz de las tesis aportadas por la doctrina más especializada en la materia[93]. En este orden de ideas y en lo referente al primer punto, hemos intentado identificar los caracteres que, a nuestro juicio, ofrecían un mayor interés desde la perspectiva de análisis adoptada; es decir de un lado el sustrato de territorialidad que, a diferencia del

---

[92] Sobre esta cuestión Vid. González Campos en *ob. cit.* (nota 65) pág. 7.-

[93] Vid. En especial, Fernández de Córdoba "*El ius gentium de los romanos y el derecho internacional romano*" Madrid 1904. *passim*; Wesenberg "Zur frage eines Römischen internationalen Privatrechts" en *Labeo* 1957. págs. 227 y ss; Francescakis "Droit naturel et Droit internacional privé" en *Mélanges Maury* Paris 1960. Niederer *ob. cit.* (nota 11) págs. 137 y ss. *Volterra en loc .cit. (nota 10)* págs. 553 y ss. *; Pastor Ridruejo en ob cit.* (nota 13) pág. 143 y ss.; Schwind "Internacionales Privatrecht und Römisches Recht" en *Labeo* 1967. págs. 311 y ss.; Ruiloba Santana "Conflictos de leyes y *ius gentium* en el mundo jurídico Romano". *Homenaje a Santa Cruz Tejeiro*, Valencia 1974 págs. 325 y ss.; y Sturm en *ob. cit.* (nota 9) págs. 259 y ss.-

marco griego, hemos creído poder detectar desde el principio de la constitución de la comunidad política romana y, de otro lado, la doble *ratio* de la dinámica de expansión del núcleo originario: la de ampliar su entorno territorial y la de crear un cinturón de alianzas defensivas alrededor de ese núcleo.

La línea de crecimiento condicionó tanto la propia conformación del modelo político interno como la de sus relaciones exteriores, en sus distintas fases, de forma que, al analizar las notas características del mundo romano, desde el ángulo del Derecho internacional privado, nos ha parecido conveniente distinguir tres etapas distintas. La primera podría representarse a través de la imagen de una ciudad-estado que va desarrollándose hasta que su envergadura desborda la potencialidad del esquema político de la *civitas*. La segunda comprendería la transición de la república al principado; momento en el que las instituciones comunitarias propias de la ciudad, sin llegar a desaparecer, van siendo sustituidas gradualmente por otras basadas en la consolidación del poder y prestigio del príncipe. Y, por último, una tercera fase basada en las consecuencias que se derivan de la transición anterior; es decir, de un lado la pérdida de la acción política ciudadana que prepararía a la comunidad para una nueva forma de "estado" y, de otro, la progresiva articulación vertical del poder del emperador[94], que permitiría a su vez el desarrollo de un movimiento de centralización, en torno a Roma, de las unidades federadas. De esta forma se llegaría en el año 212 de nuestra era a la Constitución

[94] Vid. Hinsley en *ob. cit.* (nota 22) págs. 38 y ss. y en especial pág. 40.-

Antoniniana, a través de la cuál, Carracalla extendería la ciudadanía romana a la mayoría de los habitantes de la circunscripción imperial, poniendo así las bases para la articulación embrionaria de un "estado" asentado sobre el tríptico: territorio, población y estructura de poder[95].

Como puede observarse, cada una de estas etapas incorpora unos caracteres propios que influyen decisivamente sobre la conformación del tráfico externo y sobre las soluciones que pueden construirse para resolver sus problemas. No obstante, mientras la primera ofrece en sus grandes rasgos, una perspectiva similar a la estudiada en relación con el mundo griego, las que abarcan el periodo comprendido entre el último siglo de la Republica y la Crisis del siglo III[96], ofrecen caracteres susceptibles de generar un núcleo relativamente homogéneo de preocupaciones jurídicas que resultan básicas para el estudio del Derecho internacional privado en esta época. Así por ejemplo, las cuestiones relativas a la progresiva territorialización del concepto de comunidad política, a la distinta suerte que corrieron los diferentes Derechos peregrinos, a la red de tratados que vinculaba a las diversas unidades políticas dependientes de Roma, al *ius migrandi* que se deriva de esos convenios y a los orígenes y evolución del *ius gentium*, entre otros

---

[95] Sobre el edicto de Caracalla Vid. D'Ors Pérez Peix "Estudios sobre la Constitución Antoniana" en *A.H.D.E.* tomo XV 1944 págs. 162 y ss. ; y De Visscher "La Constitution Antonine et la dynastie des Sévêres" en *R.I.D.A* 1961 págs. 229 y ss.-

[96] Vid. Fuenteseca "*Lecciones de Historia del Derecho Romano*" Madrid 1975. págs. 152-153 y 177 y ss. (Sobre la crisis del siglo III y las reformas políticas de Diocleciano).-

aspectos. Este panorama puede articularse sistemáticamente en torno a una serie de preguntas básicas para la comprensión del estado del Derecho internacional privado en el entorno romano y que nosotros utilizaremos para vertebrar la segunda parte de este capitulo.

La primera de esas preguntas se formularía de esta manera: ¿Qué significa el principio de la personalidad del derecho en el contexto de esta dinámica de territorialización que hemos apuntado? Para responderla centraremos nuestro interés, aunque no exclusivamente, en torno a tres datos relevantes:

*El problema de la consideración del peregrino como ciudadano romano a través de una ficción basada en el principio "*si modo justum sit eam actionem ad peregrinum extendi*"[97];

*El de la existencia de reglas que adquieren un ámbito de validez territorial, como es el caso del Edicto perpetuo, que fue aplicado a los peregrinos *si cives romanus esset*; y

*El de la perdida o suspensión de los derechos del ciudadano romano hecho prisionero por el enemigo, o reducido a la esclavitud en una comunidad extranjera que no mantuviese relaciones internacionales con Roma, y la reposición en la situación perdida o suspendida por esta causa a través del *postliminium*.

---

[97] Vid. Maridakis en *ob. cit.* (nota 8) pág. 488 : « *Un principe général est posé. C´est que nostris legibus constituta actio peut servir pour ou contre les peregrini, réputés par fiction cives Romani* ».-

La segunda cuestión atendería al análisis del *ius gentium* y a la labor de la pretura peregrina, intentando determinar su objeto, para pasar inmediatamente a cuestionarse, como lo hace Niederer[98]: ¿Cómo se resolvían los conflictos de leyes en los supuestos no cubiertos por el *ius gentium*? La respuesta a esta pregunta la construiremos con base en la suposición ofrecida por Sturm en torno a la hipótesis del *ius migrandi* derivado de los *foedera*[99]. Una vez efectuado el examen de estas cuestiones, sus conclusiones nos permitirán establecer el esquema básico de los expedientes técnicos jurídicos utilizados en Roma para regular las relaciones en las que intervenía al menos un peregrino y para preguntarnos a su luz si existió, un verdadero Derecho internacional privado durante este periodo.

2. Los caracteres básicos de la comunidad política romana y la estructura de sus relaciones exteriores.

Citando a Plutarco, Festo y Tito Livio, Iglesias comienza su articulo sobre la visión titoliviana de la historia de Roma diciendo: "*He aquí que en lugar del Latium vetus, junto al bénefico Tiber, y luego que fueron venidos hombres de Etruria para enseñar los ritos que han de ser observados en la fundación de las ciudades, fue abierto el foso el mundus de Roma. En derredor del foso se trazó un circulo, el pomerium y allí fue la ciudad*". Más adelante señala:

[98] Vid. Niederer en *loc. cit.* (nota 11) pág. 144.-

[99] Vid. Sturm en *loc. cit*. (nota 9) pág. 263.-

“*El auspicio patrio promete la eternidad a Roma: “In aeternum urbs conditia, in inmensum crescente*”.

Y empieza la historia: “*Tras la guerra viene la expansión. Todas las ciudades latinas quedan bajo el yugo de Roma* (...) *Luego, Roma establece alianzas con otros pueblos y trae la unidad a los amigos y la paz frente a ella. Roma protege a sus socii, no impera sobre ellos.* (…) *Sigue la guerra y se suceden las victorias* (…) *Tras el Occidente, el Oriente, Roma es el Universo. Y a todas partes lleva Roma la paz, el orden, el principio de autoridad* (…) *La fortuna, dirán los antiguos, otorgó a Roma una misión universal: el imperio de todos los pueblos. Vendrá luego un Orosio, con su gran Moesta Mundi, y señalará la misión providencial de Roma, “por medio de la cual plugo a Dios pacificar el orbe de la tierra y reducirle a una sola sociedad por el vínculo de la república de las leyes*”.

Estas frases tomadas del trabajo de Iglesias[100], resumen de manera ilustrativa el punto de partida y la dinámica de Roma. En ellas puede verse claramente como entre el mundo griego y el romano existen unas líneas diferenciales que afectan determinantemente el encuadre histórico y las características socio-jurídicas en que hemos de analizar el problema de la existencia y contenido del Derecho internacional privado. Y es que, desde esta primera aproximación destaca la dinámica de expansión territorial

[100] Vid. Iglesias “Visión titoliviana de la historia de Roma” en *A.H.D.E.* 1956, págs. 625-650; también publicado en “*Estudios de Historia de Roma, Derecho Romano, Derecho moderno*” Madrid 1968 págs. 13 y 14.-

de una unidad política que ocupa una posición central en el mundo de su época y puede advertirse también el establecimiento de una red de tratados que crean un esquema de relaciones tendente a transformar el marco exterior de Roma en la estructura unitaria del imperio romano. En este contexto, resulta lógico que los caracteres del Derecho internacional privado difieran sustancialmente en uno y otro marco[101]. Así pues vamos a dividir el estudio de esta primera parte de nuestro trabajo en dos secciones. A) Territorio y Derecho en Roma y B) la estructura del mundo romano y el marco de sus relaciones exteriores.

2.1. Territorio y Derecho en Roma.

Roma, situada en un lugar donde el Tiber resulta vadeable, constituyo un centro de encuentros comerciales periódicos entre los etruscos del norte y los griegos y orientales venidos del sur. En orden a la pacificación de este mercado y sus rutas fue fundada como ciudad por los etruscos, repitiendo en lo esencial los ideales de la πολις griega[102]. No obstante, su evolución evidencia una dinámica de crecimiento distinta al la del modelo originario motivado, al menos en sus comienzos, por la necesidad o el deseo de ampliar su espacio territorial. En efecto, en la concepción

---

[101] Para una comparación entre las relaciones exteriores de las πολεισ griegas y Roma Vid. de un lado, el curso de Tenekides en *loc cit* (nota 19) tomo/III págs. 578 y ss.; y de otro el curso de Van Kan "Regles génèrales du Droit de la paix. L´idée de l´organisation international dans ses grandes phases" *R.C.A.D.I.* 1938/IV. págs. 368 y ss.-

[102] Vid. Camacho Evangelista "*Introducción Histórica al estudio del Derecho Romano*" Granada 1980 pág. 103 y Fuenteseca "*El gran dilema histórico del pensamiento jurídico europeo*" Madrid 1977 págs. 21-26.-

política romana representó un elemento importante. Con esto no queremos decir, ni mucho menos, el que en su constitución primase el elemento territorial sobre el factor personal. Por el contrario, creemos que la idea de grupo humano organizado fue fundamental. Sería por tanto falso recurrir a la imagen de la creación de Roma, argumentando que ésta se configura en la leyenda[103] sobre la base de una simbología marcadamente territorial, -la muerte de Remo a manos de Rómulo por haber traspasado el surco que rodeaba la ciudad podría ser un ejemplo-; ni tampoco nos parece adecuado contraponer la estructura urbanística de Roma al modelo micénico de ciudades abiertas, seguido en Grecia hasta el siglo IV a.d.c., puesto que esta comparación no nos llevaría a ningún resultado. Homero al describir en la Odisea el encuentro de Ulises con los reacios nos cuenta como su rey Nausitoo "*condújoles a Esqueria, lejos de los hombres industriosos, donde hicieron morada; construyó un muro alrededor de la ciudad, edificó casas, erigió templos a las divinidades y repartió los campos*"[104]. La simbología como puede verse es muy similar.

El factor territorial al que nosotros aludimos se refiere a la relación ciudadano-tierra que, motivada por el origen primordialmente agrícola de la comunidad fundacional romana, tradujo una mayor preocupación por el entorno físico en el que se

---

[103] Vid. Camacho "Derecho y rito" en *Anuario Estudios Sociales y Jurídicos de la Escuela Social de Granada* 1977 págs. 9-10.-

[104] Vid. Homero "*La Odisea*" Rapsodia VI, traducción de Segalá y Estalella. Barcelona 1964 pág 515.-

asentaba la ciudad; hasta el punto de que el *ager romanus* a mediados del siglo III a.d.c. había alcanzado ya unas proporciones inhabitúales para un estado-ciudad[105]. Este es el elemento que queremos destacar como factor diferenciador respecto al mundo griego.

En Grecia, a pesar del prestigio que llegó a alcanzar la agricultura en algunas πολεισ, las labores del campo eran encomendadas habitualmente a los siervos y no llegaron a cobrar nunca la importancia que tuvieron en Roma. Esta situación puede explicarse por dos causas: una de carácter económico y otra de naturaleza política. En lo que respecta a la primera es de señalar que las propias características del agro griego orientaron a la población hacia actividades de otra naturaleza; la ganadería, la pesca o la alfarería serían los ejemplos más típicos[106]. En cuanto a la segunda, es preciso considerar que en el pensamiento griego subyacía la idea de que era el "estado" quien debía subvenir a las necesidades colectivas. En esta línea Vázquez de Prada, al referirse al periodo clásico pondrá de relieve el que un elemento condicionante de la economía fue: "*el desprecio hacia la propiedad*

[105] Vid. Kunkel "*Historia del Derecho Romano*" Barcelona 1973 pág. 44. A mediados del siglo III abarcaba ya un espacio ligeramente inferior al que hoy ocupa Bélgica.

[106] Sobre la economía en la antigua Grecia, Vid. entre otros Mitchell "*The Economics of Ancient Greece*" Cambridge 1940 (Existe una segunda edición de 1952). Jarde "*Les cereales dans l´Antiquité grecque. La Production*" Paris 1925; Rehme "*Historia Universal del Derecho Mercantil*" Madrid 1941; y Vazquez de Prada "*Historia económica mundial*" Madrid 1966 Tomo I.-

privada, corolario de la subordinación del individuo al Estado, dentro del cual, pensaban, alcanzaría su plenitud personal”[107].

Las πολεισ griegas, pues, integradas por ciudadanos ocupados en actividades de amplia movilidad territorial que llevan profundamente arraigado el pensamiento de grupo, no concedió al lugar físico de su asiento una excesiva importancia; hasta el punto de que, en un caso limite, la ciudad perduraría abstracción hecha, de todo territorio, como y hemos tenido ocasión de ver[108]. En consecuencia es lógico que el Derecho atendiese de forma prioritaria a ordenar las conductas individuales que se produjesen en el contexto del grupo ciudadano que componía el Estado[109].

La situación en Roma es absolutamente distinta. Aunque su agricultura atravesase grandes vicisitudes a lo largo de la historia, no puede negarse que, desde los orígenes, el cultivo de la tierra constituyó una actividad tan honrosa como el ejercicio de las armas. Roma fue en sus raíces un pueblo de labradores que sintieron la tierra como un elemento esencial de su vida, y proyectaron este planteamiento sobre las instituciones jurídico-ciudadanas y sobre la dinámica de expansión de la ciudad. Los caracteres de la propiedad sobre el *fundus* romano, la consolidación de la ocupación territorial a través de las *coloniae civium romanorum*, la asignación de tierras

---

[107] Vid. Vazquez de Prada *ob. cit* (nota anterior) pág. 39.-

[108] Vid. Tenekides en *ob. cit.* (nota 19) págs. 501-502.-

[109] Vid. Espinar Vicente en *ob. cit.* (nota 14) “*La Πολισ es, en última instancia, la estructura jurídico religiosa que ordena la convivencia entre sus miembros componentes. Allí donde se encuentre el grupo actuando de acuerdo con sus normas de conducta se halla la πολισ*”.-

como premio a los servicios de armas, el origen de los disturbios sociales en el periodo de la crisis de la Republica, entre otros datos, son ejemplos susceptibles de ilustrar la incidencia de la tierra en la vida de Roma[110]. Este panorama ha sido descrito por Mommsen de la siguiente manera:*"…el campesino se aferraba a su tierra. La fuerza del individuo y del estado reside en la posesión y en el derecho a la propiedad sobre las tierras cultivables. La grandeza de Roma se basaba en la posesión del suelo por los ciudadanos y en la gran homogeneidad de la población agrícola*"[111]. En consecuencia, pueden advertirse en Roma dos elementos configuradores de su organización: el personal, de carácter absolutamente predominante, que expresa la idea de grupo consustancial a la *civitas* y el territorial, latente, pero que va transformándose y cobrando gradualmente fuerza a lo largo de la evolución.

Así pues, hay un dato que hay que tener en cuenta al analizar los caracteres de base socio-políticos en el medio considerado: el factor tierra. En otras palabras si la ciudad tiene como finalidad garantizar la convivencia en paz, a través del Derecho, cuando la tierra juega un papel primordial en esa convivencia, las normas tienen que referirse a su ordenación. Así se elabora el concepto de propiedad, así se construye la compleja mecánica de protección a la posesión y, a medida que evoluciona la estructura política y se hace

[110] Vid. Richardson "The ownership of Roman land: Tiberius Gracchus and the italians" *The Journal of Roma Studies* Vol. LXX 1980 págs. 1 y ss.-

[111] Vid. Grimberg en "*La Grece et les origenes de la puissance romanine*" Paris 1963 pág. 310.-

más perfecta y complicada, la ordenación de la base territorial se convierte en una exigencia de bienestar comunitario; además, el ciudadano irá proyectando sobre la ciudad las categorías que está acostumbrado a proyectar en su *fundus*. A veces la pertenencia o no pertenencia al grupo perderá importancia frente a la exigencia de comportarse de una determinada manera en la *civitas*. Entonces se recurrirá a la ficción de tratar al peregrino *si cives Romanus esset* y se la dará acceso a la acción o al Derecho porque en Roma imperan una serie de reglas rigurosamente obligatorias que no es dado transgredir[112].

De este modo se va produciendo una progresiva territorialización del Derecho -que ya Mitteis había señalado en relación con las últimas fases de la evolución en Grecia[113]- y que consiste en conjugar la proposición clásica de la organización comunitaria con otra nueva. La primera podría resumirse en el deber de comportarse de una determinada manera con respecto a una determinada grupo de personas (los ciudadanos); la segunda, que completa la anterior sin excluirla, podría expresarse como el deber de comportamiento de una determinada manera en un determinado lugar. En Roma, esta segunda proposición se abre pronto paso y puede apreciarse, en efecto, un abanico de ejemplos concretos sobre el funcionamiento territorial del Derecho que

---

[112] Vid. Ruiloba Santana en *ob .cit.* (nota 93) págs. 330-331.-

[113] Vid. Mitteis en *ob. cit.* (nota 13) págs. 74 y ss.-

sirven para apoyar esta percepción. Vamos, pues a analizar algunos de ellos[114].

El primero que podríamos utilizar, tiene su base en un pasaje de Gayo referido a un principio, en cuya virtud, *civitas romana peregrino fingitur* en orden a darle acceso a determinadas *legis actionem* si ello resultase conveniente y justo[115]. En este principio destaca el hecho de que, en su instrumentación, no existe una previa integración comunitaria del individuo concreto, ni por vía de pacto ni por vía de privilegio, ni tampoco opera el camino de acceso indirecto mediante la protección y postulación de los intereses del peregrino por medio de un ciudadano distinguido. Es la propia naturaleza de la acción la que permite su ejercicio por o frente a un no ciudadano. Se trata en definitiva, de aquellas acciones referidas a un derecho que, por estar considerado como un principio fundamental de la convivencia, resulta preciso exigir al conjunto de la comunidad de presentes y no solo al grupo de ciudadanos. Así encontramos que las acciones extendidas al peregrino *si cives romanus esset*, fueron fundamentalmente las derivadas del *furtum* y de la *Lex Aquilia*. De igual modo, las disposiciones del *ius civile* que les englobaban fueron las referidas a la indemnización por robo -en el edicto perpetuo- o la prohibición de liberar a los esclavos *in fraudem creditorum* de la *Lex Aelia Sentia*.

---

[114] Hemos utilizado los ejemplos empleados por Lewald, Niederer, Ruiloba, Sturm y Maridakis en sus *obs. cits.* (notas 7, 11, 93 y 98) y los de De Visscher en "*La condition des peregrines en Rome jusqu´a la Constitution Antonine de l´an 212*" *ob. cit.* (nota 95) Tomo IX págs. 195 y ss.-

[115] Vid. Maridakis en *ob. cit.* (nota 8) pág. 488.-

Otro núcleo de ejemplos vendría constituido por disposiciones de carácter similar a la *Lex Furia*. En efecto, esta ley circunscribía su ámbito de vigencia espacial a un territorio concreto: Italia. El juego de la *Lex Furia* y de la *Lex Apuleia* es ilustrativo. Los beneficios de la primera se extendían al *sponsor* y al *fidepromissor in Italia acceptus*, mientras que los más restringidos de la segunda (anterior en el tiempo) continuaron rigiendo en las restantes unidades dependientes de Roma (*extra Italia superest*). Se trata, pues, de dos regulaciones que atienden a los caracteres variables del dato territorial en la estructura del marco político, no es ya una mera extensión del Derecho del grupo a personas ajenas a éste por intereses derivados de las propias concepciones comunitarias. Como puede verse, es preciso analizar la nota territorial a través de las dos vías por las que se produce en Roma.

Tendríamos una primera, impregnada de las características que conlleva la concepción comunitaria en una fase avanzada. Para ello tomemos como ejemplo la Constitución de Antonio el Piadoso, condenando las crueldades injustificadas con los esclavos respecto a todos *quid sub imperio populi Romani sunt*. En ella puede detectarse la idea de que la sumisión al *imperio populi Romani* tiene como corolario el respeto a las concepciones jurídicas básicas de Roma. Se trata de una noción muy similar a la del orden público territorial[116] que encierra, a su vez, una nueva concepción del ámbito de aplicación de las normas del Derecho romano: el

[116] Vid. Ruiloba en *ob. cit.* (nota 93) pág. 328.-

peregrino, miembro de una comunidad política inserta en el espacio al que se extiende el poder de Roma participa, en cierto grado, en la comunidad a la que se dirige el Derecho. De ahí que determinadas normas le vinculen.

Existiría otra segunda vía, de naturaleza más estrictamente territorial, que desarrollaría la idea de exigir unas pautas de comportamiento especialmente observables en un espacio geográfico concreto, en atención a los caracteres que reviste el tráfico en ese entorno. Esta segunda vía que hemos observado ya en la *Lex Furia*, fue seguida, también, en las provincias a través de los edictos promulgados por los gobernadores. Sturm, nos suministra un significativo ejemplo al explicar como Mettius Rufus, deseando poner orden en los registros de la propiedad egipcios, ordenó a todos los adquirientes de derechos inmobiliarios la inscripción de sus títulos en el registro competente, con independencia de que tal titularidad correspondiese a ciudadanos romanos, a egipcios, a judíos o a descendientes de inmigrados griegos[117].

En conclusión, creemos que existió un elemento territorial de vital importancia para el análisis del Derecho internacional privado en el periodo considerado. Y que, este elemento, fue desarrollado fundamentalmente a través de tres fuentes de producción jurídica:

*Los Edictos del Pretor ordenando al juez fallar respecto del peregrino como *si cives romanus esset*.

[117] Vid. Sturm en *ob. cit.* (nota 9) pág. 269.-

*Las Constituciones imperiales que extendieron el juego de determinadas disposiciones del *ius civile* a los no ciudadanos; y

*Los Edictos de los gobernadores provinciales estableciendo reglas de derecho uniforme en su demarcación.

2.2. La estructura del mundo romano y el marco de sus relaciones exteriores.

El segundo paso previo al estudio de las soluciones dadas al tráfico externo en Roma, estriba en analizar los caracteres básicos del marco de sus relaciones internacionales y ello por dos motivos:

En primer lugar porque creemos que acierta plenamente Aguilar Navarro cuando escribe que el Derecho internacional privado esta condicionado en gran parte por cada una de las diversas formas de organización internacional que la historia ha vivido[118]. En segundo lugar, porque pensamos con Pastor Ridruejo que la primera pregunta que hay que responder es la de si conoció Roma supuestos de hechos similares a los que hoy constituyen el sustrato fáctico del Derecho internacional privado, lo que sólo resulta posible responder mediante el análisis de las complejas vinculaciones que unían a Roma a las distintas comunidades políticas de su época.

Para hacerlo tendremos que distinguir aquellas relaciones interparticulares surgidas entre personas pertenecientes a pueblos vinculados y las que se producen con individuos no vinculados al

---

[118] Vid. Aguilar Navarro "Observaciones criticas en trono a la Historia del Derecho privado internacional" *Anales de la Universidad Hispalense* 1959 pág. 17.-

Imperio; es decir, entre los supuestos protagonizados por ciudadanos o peregrinos con los bárbaros; y los negocios jurídicos establecidos entre las personas pertenecientes a comunidades más o menos integradas en la órbita romana. En cuanto al primer tipo de supuestos -a excepción de los contactos puramente comerciales, como en el caso griego[119]-, el resto de las relaciones debieron ser muy reducidas por no decir inexistentes y no debieron traspasar la frontera de lo meramente fáctico. De una parte, porque el rechazo mutuo de las comunidades más próximas tendió a evitarlas y, de otra, porque como expresa Truyol, la personalidad internacional de cualesquiera de las comunidades que integraban el bloque no romano se derivaba de su reconocimiento por el pueblo y el Senado de Roma[120]. En tal sentido, como expresa Pastor Ridruejo, *"Los auténticos extranjeros, que sin duda alguna eran los barbari, eran desconocidos para el Derecho romano; sus potenciales relaciones sociales con el cives o el peregrinus no consta que fuesen consideradas por el Derecho*[121].

Así pues, la pregunta de Wesemberg ha de contestarse a través del estudio de la compleja estructura del imperio romano. Para ello vamos a utilizar el excelente esquema que nos ofrecer Van Kan[122]. Para el jurista holandés, el mosaico imperial, a partir del principado, se compone en primer lugar, del núcleo de *cives romani*

---

[119] Vid. Truyol en *ob. cit.* (nota 25) pág. 136.-

[120] Vid. Truyol. *ob. cit.* (nota 25) pág. 137.-

[121] Vid. Pastor Ridruejo en *ob. cit.* (nota 13) pág. 145.-

[122] Vid. Van Kan en *loc .cit.* (nota 101) pág. 370.-

integrado por la evolución de la médula de esa comunidad originaria: Roma. En segundo lugar habría que añadir a los latinos de Italia a partir de la *Lex Roscia* y al conjunto de individuos de la periferia imperial que hubiesen recibido la ciudadanía. Tendríamos además, en tercer lugar, una categoría intermedia entre cuidadnos y peregrinos que serian los *latini*, ya que esta cualidad se dio también fuera de Italia; piénsese en su particular relevancia en España, por ejemplo[123].

Por otra parte, habría que retener a los *amici populi romani*, integrados en aquellas comunidades que habían convenido con Roma un *pactum amicitiae* que, entre otras consecuencias, generaba el *hospitium publicum*. Este derecho de hospitalidad podía llegar según los casos, hasta el reconocimiento recíproco del pleno disfrute de los derechos civiles; es decir, en aquellos aspectos contemplados por el acuerdo, los ciudadanos de una de las partes disfrutaban de los mismos derechos que los ciudadanos de la otra, cuando se hallaban en su ciudad. Junto a éstos se hallarían los *socii populi romani*, pertenecientes a la unidades ligadas a Roma a través de un pacto. Las variedades de asociación fueron múltiples y, en consecuencia, para determinar el *status* de un miembro de estas comunidades respecto a Roma habría que estarse a las previsiones que en este sentido incluyese el *foedus* o instrumento de asociación concreto. No obstante, en términos generales, puede señalarse que

[123] Vid. Pérez Prendes en "*Curso de Historia del Derecho español*" Madrid 1978 págs. 204 y ss.-

solían contener una concesión del *ius comercium* y que, sin embargo, por regla general no solían incluir el *ius connubii*[124].

Finalmente tendríamos una última categoría compuesta por los *dediticii* o vencidos que se consideraban como personas *sine civitatis* y por tanto carentes de un derecho civil propio, aunque como veremos, tenían acceso al *ius gentium*[125]. Mención aparte merecen los ciudadanos de los reinos que se hubieren incorporado a la estructura imperial sobre la base personal e indirecta del acceso del príncipe a su trono como sucesor del vencido, tal como ocurrió en el caso de Egipto durante el mandato de Octavio Augusto.

Estamos, pues, ante un variado panorama del que no resulta nada fácil extraer conclusiones a los efectos de la disciplina que nos ocupa. Ya hemos apuntado antes como todo ese armazón de alianzas y tratados constituye una estructura que lleva en si el germen de la unidad final. La extensión del territorio estatal de Roma a toda Italia fue un importante hito; luego vendría la progresiva romanización de las provincias con la concesión de la ciudadanía romana o de la latinidad a numerosas personas, a comunidades enteras o, incluso a una provincia completa[126]. Esta dinámica lleva a considerar a De Visscher que la *Constitución Antoniana*, lejos de suponer una ruptura total en la historia de

---

[124] Vid. Paradisi " L´Amitié internationale, les phases critiques de son ancienne histoire" en *R.C.A.D.I.* 1951/I en especial, págs. 369-377.-

[125] Vid. Iglesias "*Derecho Romano*" Barcelona 1972 págs. 141-142, en especial nota (152) y bibliografía allí citada.-

[126] Vid. Kunkel en *ob. cit.* (nota 105) págs. 49 y 69.-

Roma representa la culminación natural y lógica de un largo proceso de romanización. Implica el reconocimiento de que ese proceso ha llegado a un grado suficiente que justifica la asimilación de los habitantes del Imperio a la comunidad de ciudadanos[127]. En esta misma línea, Van Kan, concluye su estudio histórico diciendo que la unidad pasiva de Roma llega a ser una unidad política activa. No existen más que ciudadanos iguales de un mismo Estado. El Imperio se ha convertido en estado único, "*L´unité de l´Empire, l´unité de l´Etat*"[128].

3. Algunas conclusiones.

Esta aproximación a la estructura del Imperio nos va a permitir formular una conclusión provisional. La de que no cabe realizar una consideración global sobre la existencia de un Derecho internacional privado en Roma; y ello por dos motivos: de un lado, porque depende de la época en la que consideremos el problema; y de otro, porque dentro de cada período, depende, también, de los caracteres que, en el plano jurídico presente la vinculación con Roma de la comunidad política a la que pertenezca el peregrino.

En lo que respecta al primero porqué, resulta evidente que si situamos nuestro punto cronológico de análisis a partir del *Edicto de Caracalla*, el estudió de la reglamentación jurídica de los supuestos en los que interviene al menos un peregrino, se encuadra mejor dentro del ámbito del derecho "interlocal" o "intersocial" que

[127] Vid. De Visscher en *ob. cit.* (nota 95) pág. 231.-

[128] Vid. Van Kan en *loc. cit.* (nota101) pág. 354.-

dentro del Derecho internacional privado[129]; mientras que si lo hacemos en otro momento el panorama varía radicalmente. En lo que respecta al segundo aspecto, habida cuenta que la *Constitución Antoniana* no supuso un corte drástico en el devenir histórico de la política romana resultará preciso, siempre y en cualquier caso, analizar los caracteres que presente la situación concreta. Para realizar este examen casuístico habría de estudiarse la formula de vinculación que ligase a Roma con la comunidad política de origen del peregrino que intervenga en cada supuesto en estudio, así como, si procediese, la labor efectuada por el gobernador de la provincia, y además, la extensión del ámbito de aplicación del *ius civile* realizado en algunas *Constituciones Imperiales* y, sobre todo, el respeto especifico que hubiese recibido el Derecho autóctono de esa comunidad política por parte de las autoridades romanas. En esta línea Wolf señala como el derecho local de los países sometidos (a diferencia de las *civitates* más o menos autónomas), debió su supervivencia antes del edicto de Caracalla a la tolerancia voluntaria que, según el caso, hubiesen tenido para con ellos los funcionarios romanos. Y es que a juicio de Wolf, los romanos no se dejaron guiar por el deseo de asimilar de la manera más completa posible a los peregrinos pero tampoco siguieron de forma consecuente el principio de una tolerancia liberal. Para ellos lo que fue decisivo, fue el interés político por consolidar la dominación y

---

[129] Vid. Pastor en *ob. cit.* (nota 13) pág. 144.-

la realización de ese objetivo determinó el grado variable de respeto a la tradición jurídica de las provincias[130].

Como puede observarse son demasiadas las variables que intervienen y que por ello resulta muy difícil extraer conclusiones generales referidas al segmento estudiado.

Pasemos ahora a desarrollar las ideas aquí esbozadas para intentar extraer algún modelo que pueda identificarse con técnicas ulteriores para la resolución de los problemas planteados por el "*tráfico jurídico externo*".

[130] Vid. Wolf "Le Droit provincial dans las province romaine d´Arabie » en *R.I.D.A.* 1976 pág. 290.-

II. LOS CARACTERES BÁSICOS DEL MUNDO ROMANO Y SU ORGANIZACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA

Al igual que en Grecia, también aquí hubo dos escenarios para las relaciones externas: las propias del mundo romano y las de éste con los pueblos bárbaros. Pero la construcción de estos marcos se hizo a partir de materiales diferentes a los utilizados en la hélade. Para entender la nueva configuración hay que tomar en cuenta tres datos que nos parecen de suma importancia y que vamos a sintetizar aquí, no sin antes advertir que no pueden tomarse en su sentido estrictamente literal. Difícilmente se puede describir un modelo que se proyectó a lo largo de tantos siglos sin transponer de modo inconveniente algunos rasgos de una etapa que no se aprecian claramente en otras y viceversa. Con esta reserva, los tres puntos de referencia que seleccionamos en la introducción serían:

1. La fundación de Roma como *civitas*, con sus simbólicos *mundus* y *pomerium*, abrió paso a un proceso expansivo que tuvo a su vez dos consecuencias transcendentales: de un lado, la "territorialización" del concepto *civitas* y, de otro, la necesidad de articular estructuras de poder adaptadas a una realidad política mucho más amplia.

2. Las relaciones con las unidades del entorno que le era propio fueron mucho más integradas que las que existieron en la Grecia de las ciudades. La incorporación, la conquista o la federación mediante pactos constituyeron fórmulas cimentadas sobre una serie de acuerdos que ordenaban esas relaciones y aunque no

fuese de un modo uniforme se consiguió vertebrarlas en torno a un eje único: el de Roma. Se conformó así un mosaico imperial en que las distintas piezas se incardinaban armónicamente en el ámbito del poder romano.

3. Podría afirmarse con ciertas precauciones que, en general, las unidades políticas que componía el marco exterior romano eran percibidas por Roma como un módulo único, habitado por *barbari*, -gente hostil- a quienes no podía reconocerse ninguna aptitud jurídica; en parte, porque lo primitivo de sus organizaciones, de sus religiones y de sus derechos así lo aconsejaban.

1. La conformación política y jurídica romana. Sus elementos básicos.

Como acabamos de ver, Roma se funda como una ciudad con los mismos ritos, concepciones y características estudiados en las *πολεισ* griegas. Cicerón concretaría las concepciones políticas originarias en la siguiente definición:

> ”*...est igitur republica res populi: populos autem non omnis hominum coetus, quoquo modo congregatus, sed coetus mutitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus”* (Ciceron “*De Republica*” 1. 39) [131]

Sin embargo, la imagen nuclear de una comunidad de hombres libres, que participan en la vida y en la defensa de una ciudad-estado y que enmarca dentro de su *mundus* la idea de una paz estructurada en el derecho, no se petrificó en el tiempo. Al

---

[131] Sobre este aspecto Vid. Arangio-Ruiz “*Historia del Derecho romano*” Madrid 1974 pág. 22.-

valor esencial del grupo humano, se fue añadiendo gradualmente el de la posesión del suelo. El territorio pasó a ocupar un lugar importante en la organización social y jurídica de la vida romana. Precisamente será el valor que posee el factor tierra para el ciudadano lo que constituirá uno de los elementos determinantes de la evolución de Roma[132].

Pues bien, esta nueva apreciación del elemento espacial va a generar una dinámica de crecimiento y, a medida que aumentan las conquistas territoriales, se va quedando obsoleto el modelo primitivo de gobierno de la ciudad-estado. En consecuencia se irán abriendo camino otras fórmulas en las que la estructura de un poder vertical se irá superponiendo al elemento horizontal-comunitario. Esta transformación, en sus rasgos puros, tarda en producirse. Hasta el último siglo de la República no se puede apreciar nítidamente como entra en crisis el modelo clásico y se produce el transito hacia el *Imperium*.[133]

En efecto, la expansión de Roma determinaría un cambio en las condiciones de base. El cuadro de relaciones entre individuos de distintas ciudades y el acercamiento entre éstas cobraría cada vez más fuerza y determinaría la aparición de importantes transformaciones. De un lado, el aumento del tráfico interciudadano sería a juicio de Arangio-Ruiz, "*la primera incitación a llevar a*

---

[132] Vid. Grimberg *ob. cit.* (nota 111) pág. 310. Sobre este aspecto Vid. Hinsley en *ob. cit.* (nota 22) págs. 38 y ss.-

[133] Vid. Fuenteseca *ob. cit.* (nota 102) págs. 152 y ss.-

cabo una más amplia reforma del Derecho privado"[134], y de otro lado, hay que tener en cuenta que cada una de las unidades territoriales sujetas a la hegemonía de Roma contenían, a su vez una pluralidad de ciudades que necesariamente se vertebrarían entre si -en mayor o menor grado[135]- en torno al eje que supuso la autoridad puesta al frente de la demarcación y en cualquier caso, a la que representaba Roma[136].

Indudablemente estos factores constituyeron la base para la formación de un marco estructural de mayor amplitud que la *civitas.* Sin embargo no hay que olvidar que toda la evolución parte del vértice conceptual que representa la ciudad y que serán estas concepciones, en su esencia nuclear, las que se proyecten a través del tiempo sobre todo el proceso de flexibilización que culminó en unas nuevas fórmulas políticas.

El segundo elemento a tener en cuenta es que en el Derecho romano no existió una consideración abstracta del hombre como sujeto de derechos y obligaciones, ni sobre su aptitud para ser titular de los mismos. Como pone de relieve García Gallo: "*Una consideración abstracta del hombre como sujeto de derechos y obligaciones -que nosotros expresamos en el tecnicismo jurídico con la palabra persona-, así como la aptitud para ser titular de*

---

[134] Vid. Arangio-Ruiz en *ob. cit.* (nota 131) pág. 173.-

[135] Vid. García de Valdeavellano "*Historia de España*" Vol.I primera parte Madrid 1973 págs. 180 y ss.-

[136] Vid. Pérez Prendes *ob. cit.* (nota 123) págs. 270 y ss.-

unos y de otros -a la que llamamos capacidad jurídica- no existe en la antigüedad, ni tampoco en el ordenamiento jurídico romano".[137]

Así pues, es necesario destacar la ausencia de una consideración abstracta de la personalidad jurídica del hombre en cuanto tal; lo que significa, en palabras de Iglesias que "*el sujeto de derecho no es, en Roma, todo hombre, ni solo el hombre. Sujeto de derecho es aquel en quien, sobre la humana condición, concurren otras tres: la de ser libre, ciudadano y "sui iuris*"[138].

Las condiciones de libertad y ciudadanía desempeñaron un papel muy importante, subrayando la naturaleza personal comunitaria del *ius civile*. Para poder disfrutar de los derechos que el ordenamiento de cada ciudad reconoce a los individuos, es preciso ser libre y ciudadano de esa comunidad política. La idea de la *civitas* aparece, pues, en su estado puro. Si situamos nuestro análisis en el punto de partida, también en Roma podremos apreciar con claridad la identificación básica entre las nociones derecho, religión y pacto constitucional. El significado es el mismo que subraya Isócrates, en su discurso contra Loquites, cuando identificaba claramente "*...la ley misma fundamental de todo gobierno...*" con "*...el pacto con que en el principio se estableció toda sociedad…*"[139]. La ciudadanía es, pues, el concepto que expresa la pertenencia al grupo social en el que opera el modelo de justicia del "acuerdo" originario. Por consiguiente, el ser ciudadano

---

[137] Vid. García Gallo "*Curso de Historia del derecho Español*" Tomo II Vol.I pág. 44.-

[138] Vid. Iglesias en *ob. cit.* (nota 125) pág. 112-.

[139] Vid. Isócrtaes en *ob. cit.* (nota 79) Volúmen II. pág. 247. nota 1.-

constituye el propio fundamento de la personalidad y de la capacidad[140]. Detengámonos en este primer e importantísimo dato.

2. El sentido de la personalidad jurídica en las bases de la construcción romana.

En Roma, al igual que en Grecia, el derecho operaba exclusivamente en el contexto del grupo ciudadano, ya que fuera de éste la comunidad no podía garantizar su eficacia. Por consiguiente, el *ius civile romanorum* fue entendido por los romanos como un atributo del que cada miembro de la ciudad de Roma era coposesor[141]. Así pues, la aplicabilidad de las leyes dependía de cuatro condiciones íntimamente ligadas a la vinculación *cives-civitas:*

1. La de ser ciudadano;
2. La de no hallarse al margen de la vida activa del grupo por uno u otro motivo;
3. La de encontrarse en un entorno en el que la realidad del colectivo resultase operativa; y
4. La de que las situaciones o relaciones jurídicas a regular se produjesen o se hubiesen producido en el ámbito de ese escenario grupal.

Estos cuatro puntos son los que, a nuestro juicio, definen la auténtica posición jurídica del individuo en el Derecho romano y expresan la vocación de aplicación de sus normas. No obstante, es

[140] Vid. Fuenteseca "*Derecho privado romano*" Madrid 1978 págs. 3 y ss.-

[141] Vid. Niederer en *loc. cit*. (nota 11) pág. 140.-

preciso señalar que se trata de una caracterización inicial que poco a poco se fue abriendo hasta abarcar a más personas y hasta cubrir mayores espacios.

Las otras características que hemos anotado completan la idea de la integración del Derecho en la comunidad ciudadana. No basta con ser ciudadano; se requiere además, no haber sido expulsado de la vida grupal y encontrarse en un entorno en el que el Derecho pueda operar con eficacia. Algunos ejemplos nos servirán para ilustrar esta idea. Partamos de un individuo que ostentase la ciudadanía romana y veremos como puede enfrentarse a determinadas vicisitudes que, a lo largo de su vida, pueden modificar su posición ante el Derecho. Pensemos, en primer lugar, que hubiese sido objeto de *la aqua et igni interdictio* o deportación. Esta sanción comportaba la pérdida de la ciudadanía romana y la automática consideración del sujeto como peregrino; lo que entrañaba la consiguiente y drástica mutación de su estatuto jurídico[142]. Pero no sólo la sanción podía causar esta desvinculación del hombre respecto a su comunidad jurídica. Hasta el año 81 a.d.c. en el que se promulgó la *Lex Cornelia*, la muerte del ciudadano romano *apud hostes* determinaba la invalidez del testamento otorgado en estado de libertad.

Algunos investigadores entienden que el *postliminium in pace* constituyó un instituto a través del cual se contemplaba la perdida de la ciudadanía y la reducción al estado de esclavitud de todos

[142] Vid. Volterra "La perte du droit de cité d'aprés les juristes postclassiques" *R.I. D.A.* 1958 págs. 591 y ss.-

aquellos romanos que fuesen a comunidades extranjeras que no mantuviesen relaciones con Roma[143]. Se trata de una cuestión controvertida en la que no pretendemos entrar, por ser marginal a la construcción que se pretende, pero cuya mera posible existencia, en los términos descritos, abundaría en lo señalado[144]. Por eso será el *postliminium in bello* el que nos ofrecerá los materiales más claros para ilustrar este punto de vista. Partiendo de los trabajos de D´Ors, Fuenteseca y Amirante, entre otros[145], hemos retenido una serie de datos que han llamado particularmente nuestra atención, por considerarlos muy ilustrativos:

En primer lugar, que la vuelta a Roma (o a una comunidad aliada) de aquellos ciudadanos que hubiesen sido apresados durante la guerra, no resultaba suficiente para recuperar el *status civitatis* perdido. Iglesias nos indica que se requería además de un *animus remanendi*[146] efectivo*;* es decir, que el regreso debía venir acompañado de un deseo activo de reinsertarse en el grupo.

En segundo lugar, De Visscher, citando a Pomponio, nos explica con nitidez que "*si captivus, de qua in pace cautum fuerat ut*

---

[143] Vid. Levy-Bruhl "La condition du Romain a l'étranger'' en *Quelques problemes du très ancien droit romain* » Paris 1934 *passim.*-

[144] Vid. Volterra en *loc. cit*. (nota 142) págs. 141 y ss.; y De Visscher ''Droit de capture et Postliminium in pace'' *Revue international des droit de l'antiquite* 1956 págs. 197 y ss.; D'ors "*Postliminium in pace" Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* 1942 págs. 22 y ss.; Fuenteseca "Origenes y perfiles clásicos del *postliminium*" en *A.H.D.E.* 1951/52 .págs. 300 y ss.-

[145] Vid. D'Ors y Fuenteseca en *obs. cits.* (nota 144). Amirante "*Captivitis e postliminium*," Nápoles 1950; e Imbert en "*postliminium*" Paris 1944 *passim.*-

[146] Vid. Iglesias en *ob. cit.* (nota 125) pág .122.-

redire, suo voluntate apud hostes mansit, non est ei postea postliminium". Y -añade- en caso de que se reanudase la guerra y fuese vuelto a capturar por el ejército de su ciudad de origen, lejos de gozar del derecho a ser restablecido en su antigua situación jurídica, será considerado como botín de guerra[147].

No se trata por consiguiente, de que los derechos del ciudadano queden en suspenso mientras las circunstancias impidan su ejercicio o mientras él no vuelva a reclamarlos. El abandono del grupo –voluntario o no- supone la pérdida de los derechos derivados de su permanencia estable en él. La reinserción en la comunidad no se produce de forma automática como va a suceder siglos después[148]; se requiere de un cauce formal, *el postliminium*. Y es que el desarraigo que se deriva de la mera permanencia *apud hostes* determina la salida del grupo y la pérdida de los derechos que eran inherentes a su condición de miembro.

Pero es que además, para poder disfrutar de los derechos que el ordenamiento de cada ciudad reconoce a los individuos, o lo que lo mismo para tener capacidad de obrar, se demandaba en Roma la concurrencia de otros requisitos añadidos al *status civitatis* originario; obviamente, el *status libertatis* y el, absolutamente fundamental, *status familiae*. El *Status familiae* resulta determinante para entender la posición del ciudadano ante las distintas instituciones del Derecho privado. Sólo el *paterfamilias*

---

[147] Vid. De Visscher en *loc .cit.* (nota 144) pág. 202.-

[148] Vid. Vattel "*Derecho de gentes*" Madrid 1820 (traducción de Pascual Hernández) Tomo III pág. 268.-

disfruta en plenitud de una "*capacidad de obrar*" general. Los demás miembros de la familia manifiestan una marcada dependencia jurídica con respecto a él, sobre todo en el ámbito patrimonial. Por consiguiente, este *status* traduce una especial posición del ciudadano; todos los que dependen de él están bajo su potestad y por lo tanto cada uno de ellos no pueden poseer esa competencia en su integridad. Para tener pleno dominio sobre uno mismo en el ámbito jurídico es preciso no depender de más *potestas* que la propia; en otras palabras, tener la consideración de *sui iuris.* Para ello era preciso no tener ningún ascendiente que detentase esa autoridad o haber sido emancipado. Pero aún así podría perderse la condición y devenir *alieni iuris* por quedar sometidos –por las razones establecidas- a los vínculos potestativos de otro ciudadano.

En consecuencia, la personalidad como expresión abstracta del conjunto de derechos y obligaciones que incumben a una persona tal como hoy la concebimos tampoco existió en Roma. Hemos visto, que no bastaba con ser un hombre libre arraigado en la ciudad y vinculado al grupo por su condición de ciudadano. Para ser sujeto de derecho en términos plenos era preciso ser *sui iuris*. Pero es que, además -y esto es lo fundamental-, el alejamiento del ámbito territorial donde radicaba el poder del grupo, le hacía perder la condición que en él ostentaba. Cuando se contempla al ciudadano romano, de forma abstracta, y aislado de su colectividad, se le percibe como un ente ajeno al Derecho de su comunidad de origen y, por lo tanto, como un ente carente de una subjetividad susceptible de hacerle titular de derechos y deberes. En otras

palabras, la posición del individuo frente al Derecho se concretaba en el estatuto que le otorgase la *civitas* y solo disfrutaba de él dentro del ámbito grupal de la ciudad. La personalidad en su sentido jurídico abstracto (es decir como la aptitud del hombre para ser titular de los beneficios y obligaciones que le puedan atribuir las leyes) sólo se concebía de forma parcial en el mundo antiguo. Sin exagerar el dato, retengámoslo; ya que va a constituir una de las claves para entender cómo se formó el Derecho internacional privado en Roma.

3. La personalidad de las leyes y su ámbito de aplicación en el mundo romano.

Sigamos avanzando en el análisis de la personalidad. En el Derecho romano (siempre enmarcado en cada uno de los momentos considerados), el ser humano por el mero hecho de serlo carecía de esta consideración. Sólo su condición de ciudadano se la confería.

Veamos ahora cuales eran las consecuencias de esa prerrogativa. Hemos venido bosquejando una situación en la que tanto el *ius civile romanorum* como los derecho peregrinos circunscribían su esfera de eficacia a las relaciones de un individuo respecto de los demás miembros de su respectivo grupo "político", lo que se sintetiza claramente en el aforismo ciceroniano "*Quid est civitas, nisi iuris societas*?"[149]. La cita dibuja con claridad los

[149] Esta concepción responde tanto al elemento de vinculación religioso señalada por Fustel de Coulanges, como a una idea de la nación basada en el conjunto de todos los hombres reunidos por un acuerdo común respecto al derecho y asociados por una comunidad de intereses. El conjunto de ciudadanos es lo que hace la *civitas* y la vinculación entre el *ius* y *civitas* es tan estrecha y consustancial que es lo que hace exclamar a Cicerón:*"Quid est civitas, nisi iuris societas?"* Vid. Fustel de Coulanges en *ob. cit.* (nota 21) pág. 230 y Batiffol en *ob. cit*. (nota 20) pág. 152.-

rasgos de un derecho que es coposeído por los ciudadanos; por lo tanto cabe deducir que tenía un ámbito de aplicación personal y espacial que se definía *precisamente* con base en esta noción de coposesión. Este carácter grupal nos aleja de la otra acepción del término moderno: "personalidad". El estatuto con el que el derecho de la ciudad investía al ciudadano hacía referencia a su posición jurídica dentro de la *civitas*, pero no a su posición jurídica abstracta en tanto que individuo. Dicho de otra forma, Ticio gozaba frente a Cayo de los privilegios y derechos que le otorgaba la ley de su ciudad común y viceversa. Sin embargo, ni uno ni otro eran titulares individuales de un estatuto legal protegido *erga omnes* por el orden jurídico de la *civitas*. Ticio y Cayo podían contratar entre sí, porque el derecho de Roma reconocía su capacidad jurídica para hacerlo, pero esa capacidad desaparecía cuando Ticio pretendía hacerla valer frente a un *apolides*. En consecuencia, no debe confundirse esta noción de personalidad (inter-personalidad) con el término que hoy adscribimos técnicamente a este concepto jurídico. Tampoco era territorial porque la ley no se aplicaba a todos los que se hallaban dentro de los límites geográficos de la ciudad. Sin embargo, en el caso de que quisiéramos transponer nociones modernas para explicar concepciones del pasado, afirmaríamos que la "personalidad" de los derechos antiguos manifiesta más afinidades con la territorialidad de los derechos modernos[150], que con el concepto de estatuto personal que se iría forjando más

[150] Vid. Miaja de la Muela "*De la territorialidad de las leyes a la nueva técnica del Derecho internacional privado*" Valladolid 1977 págs. 35 y ss.-

adelante en las ciudades del norte de Italia en torno lo siglos XII y XIII. Basta cambiar el término “territorio” por la noción de “grupo ciudadano” para entender mejor cómo se definía el ámbito de eficacia del Derecho en la época considerada.

No obstante, el paralelismo no implica similitud y, en este caso, debemos señalar que esta línea de razonamiento no puede utilizarse para sustentar la idea de que cuando el romano o el peregrino salían del espacio físico de su ciudad se situaban automáticamente más allá del ámbito de vigencia de las normas de sus ciudades respectivas. Por el contrario, la esencia de esta interrelación entre ciudad y Derecho debe llevarnos a concluir que cada vez que dos personas provenientes de una misma comunidad entraban en contacto, ambas quedaban vinculadas por las previsiones de su común sistema jurídico en todo lo relativo a las relaciones que pudiesen establecer entre ellos, con independencia del lugar físico en el que las concluyesen; lo que –en los términos de esta transposición y, con todos los riesgos que ello entraña- equivaldría a extraterritorialidad.

Pero todo ello no constituye sino un punto de partida que, poco a poco al principio y de forma acelerada posteriormente, iría evolucionando hasta aproximarse a coordenadas similares a las que operarían siglos después.

4. La evolución de los presupuestos de partida.

Es especialmente relevante observar de qué manera el grupo humano que se constituyó en *civitas* fue conjugando sus

valores primigenios con otros de muy distinto signo. La propiedad de la tierra y la expansión geográfica fueron los dos datos que más incidieron en las mutaciones que se produjeron en la organización política y en el Derecho de Roma. El incremento progresivo y la extensión de su esfera de poder territorial hizo que, necesariamente, se fuese alejando del modelo heleno. Las relaciones en el ámbito comercial –que suelen ser las primeras en aparecer en el terreno jurídico- tuvieron en sus inicios un carácter más fáctico que jurídico. En Roma no se distinguía el acto comercial del acto civil como se hacia en Grecia. Pero, poco a poco, -estos y otros contactos de distinta naturaleza- se fueron incrementando a medida que la expansión avanzaba. A diferencia de Grecia, el Imperio llegó a abarcar una enorme superficie, lo que aumentó las relaciones entre las unidades integrantes y lo hizo de un modo muy diferente al que estudiamos en el anterior capítulo.

La integración de cada unidad en la estructura romana se fue haciendo de una manera distinta, dependiendo del modo de anexión (alianza, asociación, conquista, herencia, sometimiento). Pues bien, según la fórmula adoptada, la posición del "extranjero" en Roma variaba y el respeto a sus derechos locales oscilaba en un importante grado. La red de tratados y *foedera* establecía un *ius migrandi* de muy distinto contenido, generando una amplia tipología de "romanos" y de "no romanos" que poseían derechos muy diferentes en Roma. A partir del principado, podemos distinguir, junto al ciudadano y al bárbaro, a los *latini colonari* y a los *peregrini* (ya fuesen *amici populi romani, socii populi romani*,

deditici, etcétera). Todos ellos formaban parte de un sistema vertebrado en torno al eje de Roma y, por consiguiente, las relaciones mantenidas con las personas pertenecientes al núcleo de esta galaxia tuvieron que incrementarse e incidir en una evolución del sistema jurídico. Es obvio que un ordenamiento basado en la esencia del concepto πολισ o *civitas* no podía dar respuesta a una realidad que, no sólo se producía, sino que se potenciaba. El universo romano a diferencia del griego estaba mucho más estructurado y, consecuentemente, el grado de independencia de las unidades integrantes era mucho menor. Toda esa articulación basada en un esquema de alianzas y sometimientos llevaba en si misma el germen de una unidad global final. La *Constitución Antoniana* –de representar lo que se supone- constituiría la culminación natural y lógica de un largo proceso de romanización que pasaría de ser una unidad política descentralizada a convertirse en una unidad política mucho más aglutinada. Este perfil evolutivo puede tomarse en consideración, pero no sin antes adoptar grandes precauciones. Es cierto que refleja fielmente la imagen que proyecta el devenir de la historia de Roma, pero no es menos cierto que este tipo de figuraciones pueden distorsionar la verdad real de lo acontecido. El conocimiento de estos tópicos se asienta sobre bases muy fragmentarias. En puridad casi todo se basa en lo que se desprende de un papiro conservado en la Universidad de Giesen y en los estudios llevados a cabo por Meyer en el año 1907 sobre la reconstrucción de otro papiro encontrado[151].

[151] Vid. Mayer "Zur Constitutio Antoniana" *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für*

Para Mitteis el Derecho romano respetó escrupulosamente el Derecho de las autonomías locales hasta el año 212 d.c. El Orden jurídico romano solo se aplicaba a los ciudadanos y a los itálicos que viviesen en las provincias de Roma. A partir de esa fecha el Derecho de las autonomías locales dejó de ser respetado y todas las provincias quedaron regidas por el Derecho Romano[152]. En cambio, Schönbauer considera que es arbitrario hablar de una expansión del Derecho Romano que tuviese como consecuencia una marginación drástica de los derechos locales. Entiende, no sin razón, que la *Constitución Antoniana* no pasó a la historia como un instrumento de opresión, sino como todo lo contrario. De ello deduce que Caracalla concedió la ciudadanía a los habitantes del imperio sin que estos tuviesen que renunciar a la suya propia[153]. Esta tesis de la doble ciudadanía aunque no está suficientemente probada es digna de tomarse en cuenta.

Y es que, atendiendo a cualesquiera de las posturas mantenidas en torno a esta cuestión, a lo efectos de la investigación realizada, nos llevan a una conclusión básica: los llamados derechos indígenas fueron reconocidos y aceptados para regular las relaciones jurídicas en los casos en que los interesados no fuesen ciudadanos romanos, ni latinos. A partir del año 2l2 de nuestra era

---

Rechtsgeschichte. Romanische Abteilung, XLVI, págs. 264-267.

[152] Vid. Mitteis *ob. cit.* (nota 13) págs. 74 y ss.-

[153] Vid. Schönbauer “Studien zum personalitätsprinzip im antiken Recht” “*ZSS*” 1929. págs. 387 y ss.-

la situación cambia de modo sustancial.[154] Entre ambos hitos se produjo una evolución en la línea señalada.

Desde el punto de vista que nos interesa destacar los problemas del vulgarismo se presentan a partir del año 212 d.c. y es en torno a ese vértice cuando el "derecho vulgar" se manifiesta como el resultado del tránsito del sistema jurídico del mundo antiguo al del mundo medieval.

4. Una aproximación a la trilogía jurídica romana.

De la lectura de las Instituciones de Gayo[155], se deduce la coexistencia en Roma de tres ramas en la arquitectura de su Sistema de Derecho; el *ius civile,* el *ius gentium* y el *ius naturale*:

El primero constituiría el círculo nuclear. Era el derecho privado interno que, en principio, sólo se aplicaría a las relaciones entre ciudadanos y, gradualmente, también a los peregrinos más favorecidos (en razón de lo dispuesto en los *foedera*) y –como enseguida veremos- a otros individuos en razón de la naturaleza de la acción ejercitada y sobre la base del principio *civitas romana peregrino fingitur*.

Por su parte el *ius gentium* constituiría el Derecho privado romano adaptado a las necesidades del tráfico jurídico externo de naturaleza privada. El notable y progresivo incremento de las relaciones interparticulares entre ciudadanos y peregrinos y de

[154] Vid. Torrent "*Manual de Derecho privado romano*" Zaragoza 1990, págs. 92 y ss.-

[155] Vid. Gayo, *Instituciones* I. 1 y en *Digesto* I. 1.9.-

estos últimos entre sí, creó la insoslayable necesidad de establecer un sistema de protección jurídica para las relaciones que protagonizaban. El Derecho Romano satisfizo esta exigencia a través de una vía que podemos considerar legítimamente como el antecedente histórico más claro del moderno Derecho internacional privado.

Finalmente, el *ius naturale* se aplicaba a las relaciones entre los distintos pueblos, constituyendo una especie de Derecho Internacional Público. No obstante, supuso también una fuente de normas basadas en la razón natural que se aplicaron más allá del ámbito estricto de las "relaciones internacionales".

Las normas que se aplicaron a las relaciones que hoy entenderíamos como objeto del Derecho internacional privado serían, fundamental pero no exclusivamente, las provenientes de tres fuentes: el *ius provinciale,* el *ius migrandi* y el *ius gentium.*

El *ius provinciale* era el conjunto de normas que regulaban las relaciones de carácter público –principalmente- entre Roma y las ciudades y súbditos provinciales. Se fijaba una *lex provintiae* para cada una de las zonas anexadas. El alcance de este Derecho fue muy desigual y resulta muy difícil su análisis en la medida en la que en su conservación e interpretación han intervenido factores muy aleatorios. Su fuente principal la constituyó el llamado Derecho provincial orgánico. En él se establecía el régimen jurídico-administrativo de las provincias, de las colonias y de los municipios, así como el de los distritos mineros Las disposiciones

organizadoras de las colonias y municipios eran *"leges datae"* es decir no eran "*leges*" votadas directamente por los comicios como las *"rogatae"*, sino que eran dadas por un magistrado previamente autorizado para ello por una "*lex*" comicial.

El *ius migrandi* derivaba del *foedus* en el que se instrumentaba la inclusión de la ciudad del peregrino en la órbita romana. Como hemos visto se trataba de tratados establecidos entre Roma y los territorios que se sometían a Ella o que Ella sometía a su órbita de poder. Los acuerdos llevados a cabo por Roma tras las primeras guerras púnicas[156] son muy desiguales en cuanto a la concesión de derechos a los ciudadanos de las zonas anexadas; pese a ello podría simplificarse su clasificación en torno a una triple tipología: tratados de amistad o *amicitia*, hospitalidad u *hospitium* y alianza o *sponcio*. En el aspecto que nos interesa retener aquí, todos ellos tenían un punto en común: el de romper el círculo vicioso que establecía la concepción grupal de base. El Derecho Romano era sólo para los romanos, pero cuando se integraba una nueva unidad era preciso dar una respuesta a los problemas que podían suscitar en la metrópoli esos extranjeros (que ya habían dejado de ser bárbaros) y que mantenían relaciones con Roma y con los romanos, como parte integrante de su estructura global. Pues bien, de acuerdo con el modo en el que la integración se hubiese producido, los derechos reconocidos a esos peregrinos tendrían una

[156] Es decir, nos referimos al periodo comprendido entre los años 264-241; 219-202 y 149-146 en el que se produjo la tercera.-

mayor o menor amplitud. Un ejemplo muy ilustrativo de un tratado de estas características nos lo ofrece el convenido con el Lazio.

Como puede observarse, esta técnica –que hoy podríamos identificar con la utilizada en el derecho de extranjería-, proyecta las concepciones básicas de la *civitas*. Las relaciones *cives-ius* se transponen a la ecuación *peregrinus-foedus*; quien no formase parte del *foedus* no podía ser considerado beneficiario del mismo.

Para entender el nacimiento y conformación del *ius gentium*, es preciso retornar a los inicios del análisis. Laurent hace una cruda descripción de ese punto de partida al relatar la situación en el que se hallaba el extranjero frente a los derechos de la antigüedad: el Oriente lo miraba como un ser profano e impuro, Grecia lo despreciaba como bárbaro, y Roma lo consideraba su enemigo[157]. En Roma tenían vedados el *ius connubium y commercium,* y el de *sufragio y honorum,* Por ende no podían intervenir en el Gobierno ni aspirar a los cargos públicos, gozar de propiedad, entablar relaciones contractuales, o constituir una familia. Pero a medida que Roma crecía e incorporaba nuevos pueblos, sus habitantes dejaban de ser enemigos y perdían el elemento caracterizador básico del “extranjero”. A pesar de ello seguían sin ser coposesores del Derecho de la ciudad central y no podían acceder a su amparo. No era sencillo romper el círculo vicioso. Como señala Arangio Ruiz, la mayor dificultad derivaba del “*hecho de que las formas solemnes o sacramentales de los*

[157] Vid. Laurent “*Estudios sobre la Historia de la Humanidad*” traducción de Lizárraga. Madrid 1875 Tomo III en especial págs. 71 y 302.-

juicios civiles se elaboran en cada país exclusivamente para sus ciudadanos, por cuyo motivo no podía el extranjero (ni siquiera el latino), ser admitido en Roma al ejercicio de una legis actio”[158].

Sin embargo la importancia de un comercio jurídico interciudadano, que se producía, quería y fomentaba; la enervación de la cualidad extranjera del amigo, socio o vencido y la necesidad de racionalizar una situación que no resultaba jurídicamente sostenible, determinaron la aparición de fórmulas basadas en la razón natural sostenida por el derecho. Sobre estas bases se creó la figura del *praetor peregrinus,* quien basaría los *bonae fidei iudicia* en el *ius gentium*. Pero no debe perderse de vista que, como bien pone de relieve Arangio-Ruiz, hay que considerar que “*el ius gentium, es ius civile, un ius civile abierto y progresivo…*”[159], pero es un *ius civile* al que podría añadirse la nota de especialización, en cuanto a la naturaleza de las situaciones y relaciones que regía.

Así pues, el *ius gentium* estaba constituido por el conjunto de normas que se aplicaban a las relaciones jurídico-privadas que no podían regularse directamente a través del *ius civile* puro. En consecuencia su esfera de eficacia abarcaba las relaciones constituidas entre ciudadanos romanos y peregrinos; entre peregrinos que fuesen miembros de distintas ciudades vinculadas al

---

[158] Obsérvese la influencia de las formulas religioso-sacramentales en la marginación jurídica del no ciudadano. Vid. Arangio-Ruiz, *ob. cit.* (nota 131) pág .175; y Gonzalez Campos *loc. cit.* (nota 4) págs. 251-252 y el comentario de Broggini al curso de Pugliese en *Labeo*, 1967, págs. 362-380.-

[159] Vid. Arangio-Ruiz en *ob. cit.* (nota 131) pág. 182.-

poder de Roma; y entre ciudadanos romanos y latinos en todo aquello en lo que estos últimos no tuvieran acceso inmediato al *ius civile romanorum*. En otros términos, se trataba de un derecho nacido de la razón natural, que era aplicable a cuantas relaciones de derecho no estuviesen reguladas por el derecho civil y que no repugnasen a los principios estructurales de las concepciones civiles. De ahí que poseyera un ámbito de aplicación que abarcaba a los ciudadanos y a quienes no lo eran.

III. UNA APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DE “LOS CONFLICTOS DE LEYES” EN EL MUNDO ROMANO.

1. El tráfico externo en el mundo romano.

El papel que jugó inicialmente la noción de ciudadanía fue paulatinamente atemperado mediante técnicas de asimilación del no ciudadano. Ciertamente esta equiparación se produjo en grado variable, dependiendo la ciudadanía originaria y sólo para algunas materias. La extensión a los peregrinos de determinadas acciones legales propias del *ius civile romanorum*, el *ius migrandi* derivado de los pactos, la concesión de la latinidad o el reconocimiento del *ius comercium*, constituyen claros ejemplos de esta línea evolutiva. Se trataba, en definitiva, de conseguir, a través de uno u otro expediente, que el individuo fuese admitido en el grupo más amplio que se forjaba en torno a la *civitas* romana. Solo de esta forma se le podía dar acceso al mundo de lo jurídico. Sin tal asimilación las relaciones o situaciones de la vida humana que protagonizasen o en las que interviniesen, no podrían traspasar la esfera de los simples hechos, carentes de toda protección jurídica.

El establecimiento de una relación jurídica válida a la luz del ordenamiento romano solo era posible para una determinado colectividad social en la que se distinguían diferentes clases de sujetos. El ciudadano romano era el único que tenía acceso total y pleno al *ius quiritium*. A los latinos se les reconocía el *ius commercii* y el *ius connubii* y gozaban de cierta protección procesal en Roma. Los peregrinos disfrutaban de la tutela jurídica que se derivase de los tratados con los que sus respectivas ciudades se

hubiesen anexionado a Roma. Sobre esta base podían ser considerados hombres libres, ver reconocida su ciudadanía originaria y poder realizar actos con eficacia jurídica real. Disfrutaban del *ius comercii* pero tenían serias limitaciones en su capacidad jurídica. No podían heredar ni ejercitar sus acciones ante los tribunales romanos. Al resto de los individuos se les consideraba *hostes* y, como tales susceptibles de ser hechos esclavos; en consecuencia, podían ser objeto del derecho pero nunca sujetos.

Desde esta perspectiva, el objeto de nuestro estudio debería circunscribirse a tres tópicos: la posición de los *latini colonarii* ante el Derecho Romano; el sistema de extranjería o *ius migrandi* derivado de los *foedera* y el contenido y alcance del *ius gentium*. Sin embargo, tal conclusión no se compadecería bien con las contribuciones que la doctrina del Derecho internacional privado ha venido aportando a lo largo de las dos últimas centurias. Como hemos tenido ocasión de apuntar –y ahora desarrollaremos- en los trabajos citados se registra la existencia de técnicas similares a la aplicación de la *lex fori* a extranjeros, a la coordinación de sistemas distintos en la respuesta jurídica final, a mecánicas similares al orden público internacional, a la existencia de normas materiales especiales para el tráfico externo o a la de preceptos de ámbito de aplicación autolimitado. Y es que, a partir del escenario descrito, se desarrollaría una línea evolutiva en la que se perfilan con claridad los trazos de un sistema de Derecho internacional privado real.

Por otra parte, hay que ser conscientes de que el *ius gentium* no pudo cubrir toda la gama de relaciones que pudieran plantearse entre romanos y peregrinos y entre peregrinos entre sí. La doctrina mayoritaria entiende, por ejemplo, que este derecho de gentes no atendió nunca a las cuestiones relativas al derecho de familia[160]. Tampoco parece posible que la red de *foedera* hubiese podido establecer un derecho de extranjería tan desarrollado que pudiera dar respuesta a todos y cada uno de los supuestos susceptibles de generarse sobre la base de los contactos mantenidos por personas provenientes de las distintas ciudades del imperio. Y, aunque así hubiese sido, solo hubiese podido operar en relación con las cuestiones que se suscitasen entre romanos y peregrinos, pero no para los que se produjesen entre los peregrinos de distintas ciudades de origen.

2. El acceso de los peregrinos a la justicia.

Como siempre en Derecho internacional privado, el autentico problema se plantea en torno a la cuestión del conflicto de jurisdicciones: Las cuestiones claves se concretan en saber si los extranjeros tenían o no tenían acceso a los tribunales de una ciudad distinta a la suya y, de ser así, en qué condiciones y en qué materias podían comparecer como demandantes o como demandados y si era posible que un peregrino acudiese a la jurisdicción ordinaria de la ciudad o si existía o no existía una jurisdicción espacial para los extranjeros a la que debían acudir siempre y en todo caso. Una vez

---

[160] Sobre este aspecto puede consultarse: Ruiloba Santana en *ob. cit.* (nota 93) pág. 340; y Niederer en *ob. cit.* (nota 11) págs. 143-144.-

resuelta esta primera incógnita habrá que dar un paso más e interrogarse sobre qué derecho se les aplicaba cuando recurrían a la jurisdicción de una ciudad distinta a la propia. Pues bien la mayor parte de estas preguntas pueden ser respondidas de forma relativamente positiva.

La posibilidad de que un no romano pudiese intervenir ante la jurisdicción romana existió sin duda alguna. En opinión de Sturm, a partir de un determinado momento, los latinos que se establecían en Roma fueron considerados como ciudadanos romanos a estos efectos y viceversa.[161] Por otra parte es bien conocida la técnica de la extensión de determinadas *legis actiones* a los peregrinos *si cives romanus esset.* Se trataba de una práctica muy a tener en cuenta, en razón de que su utilización evoca soluciones habitualmente usadas en los sistemas actuales. En efecto, cuando se consideraba que era insoslayable la observancia de unas determinadas reglas en unas concretas materias, con independencia de quienes fuesen los sujetos que protagonizasen la relación, el Derecho Romano extendía las acciones que posibilitaban el juego de la ley a cualquier sujeto. La perentoriedad en la observancia de lo regulado constituía un elemento que primaba sobre la relación ciudadano-jurisdicción y abría ésta a las acciones ejercitadas por peregrinos o ciudadanos. La norma general era desplazada por una especial que utilizaba una ficción (fingir la ciudadanía romana del peregrino) para subrayar la singularidad de la excepción. En definitiva, la extensión de la

---

[161] Vid. Sturm en *ob. cit.* (nota 9) pág. 263.-

acción traía causa en la imperatividad *erga omnes* del derecho en el que traía causa.

Entre las figuras que permitían el acceso de los peregrinos a la jurisdicción romana se encuentra la conocida como la *stipulatio*. De acuerdo con Gayo resultaba operativa para los peregrinos y se refería a los supuestos en los que la acción u omisión del promitente pudiese tener una traducción patrimonial. Surgiría en torno al año 241 a.d.c. y fue creada por la necesidad de dar carta de naturaleza jurídica a las, cada vez más frecuentes, relaciones establecidas entre romanos y peregrinos. Los extranjeros podían litigar gracias a que el sistema definido por Gayo en sus Instituciones como *agere per concepta verba* (actuar en términos pactados) sustituyó al sistema *agere certis verbi* (actuar en términos establecidos) a cuyo amparo los extranjeros no podían litigar, probablemente debido al carácter sacramental que impregnaba la ordenación de los juicios. Estos procedimientos deben su denominación al sistema seguido para establecer las reglas del proceso. Contenidas en la *formula*, se pactaban entre las partes y se contenían en un acuerdo adoptado ante el *praetor*. A partir de esta *litis contestatio*, el juicio se regulaba con base en las instrucciones contenidas en la *formula*.

Otra institución de carácter semi-arbitral, era la de los *recuperatores*. Se trata de una institución cuyo funcionamiento no se conoce con detalle, pero cuya naturaleza y funciones si nos han llegado con suficiente rigor. Tienen su origen en los *foedera* donde,

a veces, se establecían tribunales mixtos integrados por ciudadanos romanos y por peregrinos que juzgaban los asuntos que se les sometiesen sin hallarse vinculados por ningún sistema jurídico concreto. Obviamente, es altamente posible que en el funcionamiento de esto arbitrajes se generase una jurisprudencia *ad idem*, en relación con casos de similares características, que cuajaría en unos precedentes a los que los árbitros debieron sentirse vinculados. Conocían de los litigios civiles y criminales entablados entre romanos y peregrinos cuando en el tratado con la ciudad de éste último se hubiese previsto la constitución de este tipo de tribunal. Hay datos que permiten afirmar la existencia de acuerdos entre ciudades peregrinas que incluían cláusulas similares. De este modo se establecieron una serie de jurisdicciones destinadas a ventilar los contenciosos que pudiesen surgir entre personas de distinta ciudadanía originaria[162]. Como más adelante veremos, con diferencias sustanciales en cuanto a su origen, composición y funcionamiento, evocan instituciones medievales tales como las del juicio del medianedo.

Hemos de insistir en que la no pertenencia a la comunidad romana no suponía, en abstracto, la denegación de todo derecho al peregrino, sino su posición marginal frente a la organización jurídica de un grupo distinto al suyo. En las demás unidades que componían el mosaico romano ocurría lo mismo. Por lo tanto, si aplicamos este esquema a los supuestos de relaciones mixtas se

---

[162] Sobre los *recuperatores* Vid. en especial, Bongert *"Recherches sur les recupeteurs"* en Varia, *Etudes de Droit Romain* Paris 1952 págs. 99 y ss. ; y Schmidlin en *"Das rekuperatorenverfahren*" Friburgo 1963 *passim*.-

pone de relieve de inmediato que existía un cierto vacío de regulación La extensión de las acciones a los peregrinos fingiendo su ciudadanía romana, las fórmulas del *hospitium* –en alguna medida paralelas a las de la προξενια griega-, la *stipulatio* o los juicios de los *recuperatores* fueron soluciones parciales y el devenir de las cosas requería de disposiciones más amplias. La importancia del comercio jurídico inter-ciudadano hizo insostenible esta situación de base y determinó la necesidad de buscar una fórmula general que permitiese dotar a estas relaciones de un marco de seguridad jurídica global. Por esta razón, en torno al año 242 a.d.c. se creó una magistratura especial, la del *praetor peregrino, qui inter peregrinos aut inter cives et peregrinos ius dicebat.* La concepción religioso-ciudadana del derecho no permitía concebir la aplicación del *ius civi1e romanorum* a los peregrinos ni el derecho de los peregrinos a los romanos; en consecuencia se estableció una magistratura que basaría su actuación en la buena fe y en un derecho basado en la equidad y en un criterio de lo recto, que emanaba directamente de ese *ius civile* que no podía ser aplicado fuera del marco ciudadano romano estricto. Surgen así los *bonae fidei iudicia* y se crea el *ius gentium*.

Para algunos autores la razón que explica la creación de esta magistratura e ilustra la forma de ejercer su jurisdicción se arraiga en motivos de naturaleza política[163]. Instituciones como el

[163] Entre otros Vid. la explicación dada por Kunkel en "*Fides als schöpferisches Shuldrechet" Festschift Koschaker* Weimar 1939 págs. 1 y ss.; Serrao "*La iurisdictio del praetor peregrino*" Milan 1954 y Arriat en "*Le Preteur peregrini*" Paris 1955.

patronato u *hospitium*, que permitían a los peregrinos el desarrollo de ciertas actividades en Roma, eran habitualmente ejercidas por los patricios, lo que les dotaba de una poderosa arma para mantener su influencia en la comunidad, ya que podían disciplinar y controlar la actividad de los confederados italianos que estaban bajo su protección. La figura del *praetor* dotaba de mayor autonomía a estos últimos frente a sus patronos y huéspedes y, en el ámbito romano, se conseguía enervar ese instrumento de poder que monopolizaban los patricios. Para otros estudiosos la figura del *praetor peregrinus* fue creada para aliviar la labor del *praetor urbanus*. Muchos entienden que no resulta nada arriesgado pensar que, antes del año 242 a.d.c., llegaban al conocimiento del *praetor urbanus* muchos asuntos protagonizados por peregrinos y que, ante la carga de este cúmulo de casos, se considerase más razonable encomendar al *praetor peregrinus* el conocimiento de sus contiendas bajo el prisma de un derecho especial distinto del *ius civile romanorum*; lo que originó el nacimiento del *ius gentium*[164].

3. El Derecho aplicable a las relaciones de tráfico externo en el ámbito romano.

Antes de analizar las fórmulas utilizadas en Roma para solucionar los problemas jurídicos surgidos entre romanos y peregrinos y entre peregrinos de distintas ciudades, vamos a aproximarnos al significado y alcance de cinco fuentes de

Nótese que Michel al mencionar el libro de Arriat, señala que es paradójico constatar el que después de medio siglo la figura del *praetor* peregrino, no hubiese sido hasta entonces, objeto de ningún trabajo de cierta extensión, Vid. *R.I.D.A.* 1956. pág .527.-

[164] En este sentido Vid. Torrent *ob. cit.* (nota 154) pág. 137.-

producción normativa de gran incidencia sobre el objeto de nuestro estudio:

En primer lugar hemos de atender a la ordenación contenida en los distintos *foedera* y en otros instrumentos de concertación "*internacionales*". Estos tratados solían incluir una amplia regulación de las cuestiones que, en lenguaje jurídico actual, consideraríamos objeto del Derecho de extranjería. En ellos se disponía cual era el *status* jurídico que gozaban en Roma los ciudadanos de la *civitas* a la que se refería el pacto y el de los romanos en ella. En alguno de ellos se preveía, como hemos tenido ocasión de ver, el establecimiento de tribunales mixtos y las bases a la que tenían que atenerse para fallar los contenciosos que se les planteasen. No parece que pueda hablarse de unos modelos estandarizados y habría que estar al contenido específico de cada uno de ellos. Por consiguiente, si bien solucionaban cierta parte del régimen jurídico de las relaciones de "tráfico externo", no constituían un sistema de regulación capaz de ofrecer respuestas globales a los problemas que se irían suscitando progresivamente.

En un segundo lugar habría que atender a la labor de los Gobernadores provinciales a través de sus edictos y a la organización básica contenida en la *lex provintiae*[165]. Sturm concede gran importancia a este factor y recoge ejemplos de normas obligatorias en toda la circunscripción provincial. Estas disposiciones homogeneizaban parcialmente el régimen jurídico de

---

[165] Vid. Pérez Prendes en *ob. cit.* (nota 123) pág. 35.-

las “ciudades” comprendidas en la demarcación e incorporaban elementos de armonización con respecto a las concepciones estructurales básicas del Derecho Romano. Como tendremos ocasión de ver, desde los inicios, el espíritu del Derecho Romano se proyectó sobre todo tipo de ordenación jurídica, rechazando elementos de los derechos locales que repugnaban a sus concepciones y constituyéndose y actuando como un mecanismo preservador de los conceptos de civilización emanados del *ius civile*. Operaba al modo de un *orden público internacional* que impedía traspasar, en cualquier tipo de respuesta jurídica, los límites que, en su concepción, daban legitimidad a las normas. En esta línea Sturm aporta significativos ejemplos y cita casos en los que la ley personal común de las partes no fue aplicada en Egipto porque su juego hubiese determinado resultados que hubiesen chocado frontalmente con las concepciones jurídicas romanas[166]. Entre ellos destaca el rechazo de la impunidad del esclavo que no cumplió con sus deberes de agradecimiento tras su liberación, o en los que la primacía de la autoridad paterna sobre la marital y la propia libertad de la mujer hubiesen supuesto una grave contradicción con su idea del Derecho. Como puede apreciarse todo ello muestra un sorprendente paralelismo con la noción actual de orden público y sienta las bases para lo que, en los umbrales del renacimiento, constituiría la fundamentación primaria del Derecho internacional privado tras la recepción del *ius commune*.

---

[166] Vid. Sturm en *loc. cit.* (nota 9) pág. 270.-

En tercer lugar es necesario tomar en consideración la progresiva centralización del poder que, a partir de la crisis del estado-ciudad republicano, determinaría el traspaso de una parte de la función legislativa a la competencia imperial. Los Emperadores romanos, a través de sus constituciones, hicieron obligatoria la observancia de determinados preceptos en amplias esferas territoriales del imperio estableciendo, de este modo una armonización jurídica notable[167].

En cuarto lugar vamos a referirnos a los derechos indígenas. No parece que quepa abrigar dudas razonables sobre el hecho de que fueron respetados en todo lo que no se opusiese al concepto de "civilización" que impregnó la expansión romana. Por lo tanto, el "tráfico interno" en estos ámbitos quedó regido por el sistema jurídico indígena, tanto a nivel procedimental como legislativo, sin más límites que los que anteriormente hemos señalado. Sin embargo, aunque la regla general estuviese constituida por la tolerancia, la romanización de los territorios anexados debió tener una influencia notable sobre la interpretación y aplicación de los derechos locales, sobre todo en el ámbito de sus relaciones recíprocas. Así por ejemplo, en los supuestos en los que se enfrentaban sujetos pertenecientes a dos comunidades jurídicas diferentes dentro de una misma demarcación provincial, Arangio-Ruiz señala que la resolución de ese tipo de litigios se solía confiar a residentes romanos o a miembros de ciudades neutrales, quienes decidían "*... según los principios que resultasen más adecuados al*

[167] Vid. Fuenteseca en *ob. cit*. (nota 140) págs. 167 y ss.-

derecho de ambas partes"[168]. La concepción personal de los derechos antiguos cedía parcialmente en estos casos. En el periodo considerado la aplicación de esta técnica de "ajuste" entre las leyes en presencia debió resultar habitual[169]. Probablemente el funcionamiento de los juicios ante los *recuperatores* debió de ser similar. En todos aquellos procedimientos que estuviesen investidos de un carácter arbitral y flexible, debió de utilizarse la técnica del cúmulo o ajuste. Los objetivos de equidad y efectividad del resultado que orientaron la construcción de estas formulas constituyó un paso muy importante. No se trata, efectivamente, de una ruptura de la rígida correlación establecida entre el *forum* y el *ius*. El magistrado aplicaba siempre su propio derecho; pero cuando debía actuar *ex aequo et bono*, a falta de una normativa de aplicación directa al asunto, la "toma en consideración" de los sistemas en presencia podía resultar una vía muy satisfactoria.

Hemos dejado para el último punto nuestra aproximación al *ius gentium*. Y lo hemos hecho precisamente por la sobresaliente importancia que alcanzó dentro del propio sistema de Derecho Romano. No se constituyó como un conjunto normativo marginal, destinado exclusivamente a resolver los contenciosos que se suscitaran entre romanos y peregrinos y entre peregrinos entre sí. Fue y representó mucho más que eso. Ejerció una notable influencia sobre todo el orden jurídico de Roma, transformándolo

---

[168] Vid. Arangio-Ruiz en *ob. cit.* (nota 131) pág. 176; y Pérez Prendes en *ob. cit.* pág 35

[169] Vid. Espinar Vicente *loc. cit.* (nota 14) págs. 547 y ss.-

casi por completo y desposeyéndole de su carácter exclusivista y de su excesivo formalismo. Instituciones que nacieron para los peregrinos a través de la labor de los pretores, pasaron rápidamente a formar parte del propio derecho de los ciudadanos. Colmaron lagunas del *ius civile* a partir de pautas jurídicas nacidas de los instrumentos que proporcionaban la equidad y la justicia. Aproximaron el Derecho al hombre al desvincularlo parcialmente de las formulas sacramentales que lo hacían patrimonio exclusivo del grupo reducido de los ciudadanos agrupados por un culto. Esto permitió al Derecho Romano proyectarse hacia un ámbito más universal y adquirir esas notas de flexibilidad y eficacia que le permitieron convertirse en un paradigma jurídico que resultaría operativo en países y tiempos muy distintos. En palabras de Schönbauer el *ius gentium* es el nuevo derecho del pueblo, no escrito y creado en el seno de la comunidad del *populus* romano cuando comenzó a ser el centro del mundo[170].

Las principales fuentes de creación del *ius gentium* fueron el *Edicto del Praetor* y las disposiciones que los gobernadores de las provincias promulgaban en uso del poder que les atribuía su *ius edicendi.* El Edicto del *Praetor* fue el instrumento angular de la profunda renovación experimentada por el ordenamiento romano. Se publicaba al principio del año de cada magistratura y en él se recogían las normas por las que se iban a regir los procedimientos que se sustanciasen ante él. Cada nuevo Edicto recogía las reglas

---

[170] Vid. Schönbauer en *loc. cit.* (nota 153) *passim*.-

establecidas por los *praetores* anteriores, adaptaba algunas e incorporaba otras, dando lugar a lo que llegaría a conocerse como *Edictum traslaticium.* Un sector de la doctrina opina que esta concatenación edictal terminó cuando en época de Adriano fueron codificados por Salvio Julianus[171] en el *Edictum perpetuum* (llamado por *Ci*cerón *lex annua*) [172]. Con esta codificación de los Edictos, realizada entre los años 134 y 137 d.c., muchos y relevantes autores piensan que se cegó unas de las fuentes más innovadoras del Derecho Romano[173]. Sin embargo no todos comulgan con estas tesis. Guarino, basándose en los datos de la vida y obra de Salvio Julianus, niega la codificación del Edicto[174] y Marini Avonzo opina que solo se trata de una "edición revisada" de los textos preexistentes y no de una codificación *strictu sensu*[175].

Por otra parte hay que señalar otro dato muy importante de la posible labor del *praetor pereginus*. Una parte de la doctrina ha venido manteniendo una tesis contraria a la aplicación exclusiva del *ius gentium* a los asuntos que llegaban al conocimiento de este magistrado. Capuano cree que durante largo tiempo no pudo aplicarse a los extranjeros otro derecho que no fuese el propio de

[171] Vid.: Torrent "Salvius Julianus" Salamanca 1971. pág. 42.-

[172] Vid. Ciceron Verr. II. 109.-

[173] Vid. Torrent "*Derecho Público Romano y sistema de fuentes*" Zaragoza 1988 pág. 414.-

[174] Vid. Guarino "*Salvio Julianus. Profilo bibliografico*". Catania 1945 *passim*.-

[175] Vid. Marini Avonzo "*Critica textuale e studio storico del diritto*" Turín 1973. pág. 47.-

ellos[176], en una línea similar, Wengner, Schönbauer y Niederer mantienen que las partes podían comparecer ante el *praetor* y alegar su Derecho común como aplicable al asunto debatido[177]. Kunkel, por su parte, niega esta posibilidad basándose en el desconocimiento que debían de tener los jueces romanos de los derechos peregrinos[178].

4. La resolución de los supuestos de tráfico externo en el mundo romano. Una visión global.

Aunque el panorama varía muy considerablemente en función del momento histórico en el que situemos nuestra atención, podríamos sistematizar lo hasta aquí expuesto en torno a un esquema sencillo que nos servirá para retener los rasgos más sobresalientes de la ordenación del tráfico externo en Roma. Para comenzar vamos a establecer los cuatro modelos básicos que pudieron adoptar este tipo de relaciones jurídicas. Para ello hay que descartar, en primer término, que la internacionalidad del supuesto pudiese, en aquel tiempo, llegar a afectar a ningún factor que no se refiriese a los sujetos de la relación. En consecuencia, nos quedan las siguientes posibilidades:

1. Supuestos protagonizados por un romano y un peregrino.
2. Supuestos protagonizados por peregrinos pertenecientes a una misma demarcación romana.

[176] Vid. Capuano "*Origine, storia é progreso del ius gentium come parte del ius privatum dei romani*" Nápoles 1875 pág. 20.-

[177] Vid. por todos Niederer en *ob. cit*. (nota 11) pág. 145 y bibliografía allí citada.-

[178] Vid. Kunkel. *ob.cit* (nota 105) *passim*.-

3. Supuestos protagonizados por peregrinos de distintas demarcaciones.
4. Supuestos protagonizados por romanos y peregrinos con sujetos de los pueblos bárbaros.

Una vez establecido este esquema es preciso proyectar sobre él las distintas categorías de peregrinos y su consecuente *status* diferencial frente a Roma y su Derecho. No era igual el estatuto del latino que el de los *peregrini dediticii*, ni se derivaba un *ius migrandi* homogéneo de los diferente *foedera*. Por lo tanto este sería un dato imprescindible para establecer, en atención al concreto origen del peregrino, cual sería el régimen jurídico específico que determinaría el tratado para el supuesto que se suscitase.

Por otro lado, habría que estar a la calificación del asunto para comprobar si el sistema romano entendió que la institución en la que se encuadraba aconsejaba extender al extranjero las acciones que le fueran propias, operando sobre la base de la ficción "*civitas romana peregrino fingitur*". Esta solución comportaba la aplicación excepcional del Derecho Romano al peregrino por los mismos jueces que dirimían las contiendas legales entre ciudadanos romanos[179].

A partir de allí los contenciosos civiles que nos interesa estudiar serían ventilados, bien ante los "árbitros" designados por el gobernador provincial para dirimir los pleitos surgidos entre

[179] Vid. González Campos en *loc. cit.* (nota 4) pág. 252.-

peregrinos originarios de ciudades distintas, pero situados dentro de una misma demarcación; o bien por el *praetor pregrinus* en todos los casos que involucrasen a romanos y peregrinos y peregrinos entre sí. En estos casos, amen de los fundamentos basados en los *bonae fidei iudicia*, nada se oponía a que los magistrados pudieran aplicar la ley común de lo peregrinos o buscar la equidad en el ajuste entre sus respectivos derechos.

El camino se inicia con una negación drástica. El derecho es sólo de los ciudadanos. Los juicios sólo se producen a través fórmulas sacramentales vinculadas al culto de la *civitas* y de las que sólo pueden participar los ciudadanos. De esta forma un determinado comportamiento humano que hubiese sido susceptible de generar una relación jurídica, cuando es protagonizado por sujetos pertenecientes a comunidades distintas opera en un vacío jurídico que le impide trascender la esfera de lo puramente fáctico. Torrent lo pone de relieve respecto al siglo V a.d.c. y así nos cuenta que en las "*...transacciones realizadas entre romanos y peregrinos, las relaciones se produjeron sin que el ordenamiento diera plena validez a aquellas adquisiciones*"[180].

Estas condiciones se mantendrían invariadas para los bárbaros a lo largo de toda la historia romana. Cualquier relación que se estableciera con ellos pertenecía al mundo de los meros hechos pero no transcendía al del Derecho. En cambio con los peregrinos la cuestión evolucionó muy sensiblemente. Desde los primeros

[180] Vid. Torrent "*Derecho público romano y sistema de fuentes*" Oviedo 1979 pág. 132.-

tratados de adhesión se fue trazando un camino que avanzó a buen ritmo, sobre todo a partir del Imperio. Poco a poco la ciudadanía se fue concediendo a un mayor número de extranjeros o peregrinos, y los derechos de *comercium y connubium* se fueron extendiendo a casi todos. El Derecho Romano se expandió, homogeneizando el trato jurídico del comercio interparticular, a través de la labor de los gobernadores provinciales, la extensión de instituciones romanas por constituciones imperiales y por las construcciones del *praetor peregrinus*. En la base de esta evolución estuvo siempre la certeza de que Roma era, por un lado o por otro, la última y única fuente que daba vigor al conjunto de normas jurídicas a aplicar, fuesen o no de estirpe romana.

En consecuencia, entendemos con Aguilar Navarro que Roma admitió todos los supuestos de los que depende la existencia del tráfico jurídico externo; elaboró un concepto jurídico de extranjería; además admitió relaciones jurídicas con otros pueblos; y reconoció autonomía política y jurídica a otras comunidades; así como aceptó la realidad de una coexistencia de ordenamientos; y no impuso la aplicación de un mismo Derecho material en todos los supuestos. Mas bien al contrario reconoció la existencia de una pluralidad de regímenes jurídicos que trajo como consecuencia el que los hombres pudieran vivir con arreglo a sus leyes[181], al menos en los términos en los que hemos tratado de describir el fenómeno.

[181] Vid. Aguilar Navarro en *ob. cit.* (Nota 1) pág. 70 y ss.-

Ahora bien, los caracteres del tráfico jurídico externo en Roma no determinaron, sin embargo, el nacimiento de un sistema de Derecho Internacional privado *propio sensu* y tal como hoy lo entendemos; si bien las relaciones entre romanos y peregrinos y las de los peregrinos entre sí ayudaron tanto doctrinal como técnicamente a iniciar su camino. Roma no concibió normas de colisión en el sentido actual, ni para superar conflictos de leyes ni para coordinar sistemas jurídicos. Solo en función del principio de efectividad habría tenido lugar, tanto una coordinación como una auto-limitación de sistemas jurídicos; pero hay que reconocer que eso constituye ya un excelente punto de partida.

CAPÍTULO III:

LA EDAD MEDIA Y LOS ORÍGENES DE LA REFLEXIÓN CIENTÍFICA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

I. EL TRANSITO DE LA EDAD ANTIGUA A LA EDAD MEDIA.

1. Los datos de base.

En la transición del periodo antiguo a la Edad media se produce un proceso de desvertebración/vertebración que da paso a una etapa en la que se conjugan pervivencias de los elementos del Bajo Imperio Romano con componentes nuevos. Son los procedentes de los pueblos que habían sido considerados bárbaros hasta entonces, y son los que surgen con base en la fuerza irreducible de una religión que, desde el edicto de Milán, jugó un papel determinante en la nueva construcción política.

La desaparición del imperio de Occidente en el año 476 no supuso la sustitución radical de un sistema por otro. Es cierto que se produjo una atomización social, acompañada de una nueva estructuración de las relaciones entre las comunidades que, hasta entonces, se hallaban organizadas en el contexto imperial romano. Pero no es menos cierto que el ideal de Roma pervivió en los sentimientos, en la conciencia del derecho y en el anhelo constante de una reorganización de la unidad del occidente (que aún hoy día puede detectarse). Estos sentimientos perduraron, con mayor o menor grado de intensidad, durante todo el periodo que vamos a

analizar. Al final del tránsito -ya en las puertas del renacimiento- nos encontraremos con un redescubrimiento del Derecho Romano justinianeo que va a constituir la base de ese *ius commune* que determinaría el nacimiento científico y real del Derecho internacional privado.

El segundo elemento importantísimo viene constituido por las aportaciones de los pueblos que habían sido considerados bárbaros, no solo en el sentido de *hostes* o enemigos, sino también en lo que se refería a la percepción de su grado de evolución política y jurídica. La llegada de los pueblos germánicos a los territorios va a cambiar esta apreciación y va a integrar, en la cultura decantada, unas contribuciones importantes que determinarán una evolución mucho más positiva de lo que se ha venido creyendo. Entre ellas, habría que destacar, sin duda, las de carácter jurídico[182].

El dato religioso sigue siendo, tal vez, el más importante. Hasta ahora hemos visto la importancia del culto y las formas sacramentales en los derechos antiguos. Pues bien, el cristianismo va a suponer un salto cualitativo tremendamente importante. Se trata de un credo de vocación universal y excluyente, que centra su eje en la línea monoteísta de la cultura judía. Sólo hay un Dios y, por lo tanto, ninguna colectividad puede abrigarse al amparo de

---

[182] Vid. Torres López en *ob. cit.* (nota 63) Volúmen II pág. 33 donde pone claramente de relieve que "*los germanos (…) tenían un estado de cultura y de organización política y jurídica suficiente, no sólo para servir de vehículo (... ...) a la cultura romana decadente, sino para aportar al campo de la organización política y del derecho, elementos fecundísimos de un mundo jurídico nuevo*".-

otro u otros distintos. Hay un mensaje revelado al que los hombres han de acomodar sus actuaciones; los demás dioses son falsos y no puede hacerse derivar de ellos mensajes válidos. Es una religión que se constituye al margen del poder y que, a diferencia de las otras, en lugar de ser respetada o marginada por Roma, resulta hostigada. A pesar de todo, el número de cristianos aumenta y constituye una fuerza social cada vez más importante en el seno del Imperio. Esta es la razón por la que Diocleciano los sigue persiguiendo durante los años 303 al 306; y es esta misma razón la que, aproximadamente siete años después, llevaría a Constantino a promulgar el edicto de Milán y posteriormente a recibir el bautismo. Su consolidación final se la otorga Teodosio al transformarla en la única confesión del Imperio. En poco más de medio siglo el cristianismo pasó de ser una religión perseguida a constituir la religión oficial del mundo romano[183].

Cuando se produce la desintegración del Imperio de Occidente, había cuajado una romanización cultural y había surgido una religión común, fuerte, poderosa y que aglutinaba a esos pueblos desvertebrados en torno a la idea de una fraternidad universal de los hijos de Dios. La reconstrucción de la unidad de occidente era imaginada desde la doble perspectiva que proporcionaban los ideales de cristiandad e imperio, pero al ser apetecida por cada uno de los reinos segmentarios, nunca llegaría a cuajar como fórmula histórico-operativa real; (aunque, tal vez,

[183] Sobre los caracteres del momento considerado Vid. Previté-Orton "*Historia del mundo en la Edad Media*" Volúmen I Barcelona 1978 *passim*.-

fuese justo salvar el paréntesis de Carlomagno). Para lo que sirvieron estos anhelos fue para dotar, a lo largo de todo el periodo considerando, de una cobertura ideológica común al conjunto de los distintos reinos.

Así pues, la situación que se fue decantando durante la descomposición del Imperio de Occidente y hasta la consolidación de los Reinos visigodos, dibujaba un mapa en el que se integraban un conjunto de comunidades humanas, dotadas de un grado de autonomía variable, que convivían en un mismo espacio territorial y en el que cada una conservaba su propio Derecho[184]. En el período alto-medieval[185], por lo tanto, el principio de la "personalidad de las leyes" –en su sentido grupal- tendió a cobrar un nuevo impulso. Era una consecuencia lógica de la segmentación del poder. Cada grupo tendió a encerrarse en su colectividad y a regirse por sus propias reglas.

Pero el panorama en su conjunto estaba cambiando de modo sustancial y el marco en el que estas unidades se encuadraban distaba mucho de parecerse al de las πολεισ griegas o al concepto primigenio de la *civitas* romana. Por un lado, hay que tener en cuenta que dentro de la religión común dominante ya habían surgido discrepancias doctrinales; y que si bien, los visigodos habían abrazado el cristianismo, no puede olvidarse que seguían las

---

[184] Vid. Meijers "L´histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir de Moyen Age, spécialement dans l´Europe occidentale" en *R.C.A.D.I.* 1934/III en especial págs. 552-555.-

[185] Vid. Fuenteseca en *ob. cit.* (nota 96) págs. 167 y ss.-

doctrinas arrianas; por lo tanto resulta lógico entender que, al menos teóricamente, las diferencias étnico-religiosas entre las comunidades invasoras y las ya asentadas, debieron determinar un cierto aislamiento relacional. Por otro lado hay que considerar que llegó un momento en el que la correspondencia entre latinos y bárbaros ya no se producía en los términos que hemos visto en los epígrafes precedentes. Desde el siglo III las relaciones entre godos y romanos habían sido estrechas y llegaron a establecerse unos lazos de federación con el Imperio que se romperían y restablecerían, mientras el ejército imperial se germanizaba y los germanos se romanizaban, a su vez. En la nueva configuración los "extranjeros" son otros y las relaciones con esos antiguos bárbaros habían ido cambiando desde hacía tiempo. Eurico declara caducado el *foedus* con Roma. Funda el "estado visigodo", pero conserva buenas relaciones con la población romana, se sirve de jurisconsultos romanos y con el *Codex Eurici* establece la legislación propia de ese "estado visigodo"

Los germanos se constituían en reinos que ocupaban territorialmente y que se fueron superponiendo gradualmente a lo que había supuesto el poder romano, pero lo hicieron de un modo distinto. No todas las unidades de los espacios en los que se asentaban se ordenaron en un plano horizontal de un signo más o menos igualitario y bajo el manto de una estructura imperial de tendencia unificadora. En el paisaje de aquel entonces existían

"naciones" sometidas[186] y "naciones" que gozaban entre sí de una equiparación jurídica más o menos simétrica. El enfrentamiento religioso, arrianismo *versus* catolicismo, dificultó la integración de los germanos con los pueblos romanos y tuvo consecuencias en el plano del Derecho, al restringir la posibilidad de establecer relaciones jurídicas entre ambas poblaciones. Sin embargo, en el plano de los hechos, ha quedado documentada la existencia de contactos entre los distintos pueblos invasores y entre éstos y la población pre-asentada. Orlandis[187] llama la atención sobre el hecho de que, a pesar de que los matrimonios mixtos estuvieron formalmente prohibidos hasta el siglo VI, en el que Leovigildo los permite, tales uniones se venían produciendo desde los primeros contactos y se siguieron manteniendo sin especiales problemas. Teudis contrajo matrimonio con una noble hispano-romana cuya fortuna le ayudaría a alcanzar una posición de poder determinante.

Estos son a nuestro juicio los elementos más característicos de una primera etapa medieval que culminaría en el siglo VIII cuando cae derrotada la monarquía hipano-visigoda en la batalla de Guadalete. La invasión musulmana y la muerte del rey Roderico o Rodrigo en el año 711 pone punto final a un momento y marca el inicio de otro donde el territorialismo jurídico feudal iría abriendo paso, con su consolidación, a fórmulas distintas para la resolución

---

[186] Vid. Meijers en *ob. cit.* (nota 184) pág. 550. Los Burgundios, por ejemplo, en las relaciones jurídicas que pudieran surgir entre sus súbditos y los ciudadanos romanos no tenían en cuenta el Derecho de éstos y aplicaban siempre el propio.-

[187] Vid. Orlandis "*Historia social y económica de la España visigoda*" Madrid 1975 págs. 46-48.-

de unos “conflictos de leyes” que ni se planteaban ni se concebían de la misma forma que hoy los entendemos.

2. El comercio jurídico intergrupal; los “conflictos de leyes” y sus técnicas de solución.

En el cuadro que hemos esbozado se perfilan tres tipos de supuestos a los que podríamos calificar, no sin las precauciones reiteradas, como relaciones de tráfico externo: las que se establecen entre los comerciantes; las que se producen entre los distintos pueblos germánicos y las que tienen lugar entre éstos y las poblaciones asentadas desde la época romana.

El Derecho mercantil –al que Roma no dispensó una atención diferencial- vuelve a ser objeto de un tratamiento propio e independiente. El comercio tiene importancia y la seguridad en el tráfico se torna relevante. En la *Lex Visigthorum* [XI.3.2. (*Antiqua*)] encontramos un texto que dispone: “*Cum transmarini negotiatores inter se causam habent, nullus de sedibus nostris eos audire presumat; nisi tantummodo suis legibus audiantur aput telonarios suos*”. En este pasaje pueden observarse varios factores que consideramos de notable interés:

*El supuesto de hecho se refiere a una categoría singular de sujetos: “*los negociantes de ultramar*”. El modo de describirlos permite deducir: *primero*, que la norma sólo incluye los casos en que litiguen personas habitualmente dedicadas al comercio; y *segundo*, que la alusión a la proveniencia ultramarina de las partes permite entender, en términos de deducción razonables, que se refiere a extranjeros con respecto al “*estado visigodo*”.

*Por otra parte se dispone que deban ser solamente sus propios telonarios los que deben ventilar sus asuntos judiciales. Se establece de este modo una especie de competencia exclusiva a favor de éstos funcionarios, enervando correlativamente la que pudiese corresponder a los magistrados ordinarios.

*Finalmente, se hace una alusión al cuerpo de preceptos que les debe ser aplicado (probablemente el término *lex* pueda referirse tanto al clausulado de los propios contratos como al cuerpo de usos y costumbres normalmente observados en esas actividades).

Resulta ilustrativo que se tomase la actividad mercantil como un objeto de regulación especial y que, con técnicas muy similares a las modernas, se atribuyese "jurisdicción" o "autoridad" a un cuerpo especializado en asuntos de comerciales, a los que debía presumirse conocedores de los usos a los que lo mercaderes atribuían una "*opinio iuris vel necessitatis*"

En lo relativo a las relaciones entre personas pertenecientes a los diferentes grupos germánicos, parece que la práctica más habitual respondió al procedimiento de la *professio iuris* o declaración pública sobre el derecho al que pertenecía el individuo o al que manifestaba quedar sujeto. Partiendo simplemente de esta definición el método evoca de inmediato a técnicas que se hallan actualmente muy en boga[188]. Sin embargo, aunque nada obsta a que estas declaraciones puedan ser consideradas como antecedentes de

[188] Así el artículo 9.2 del Código Civil, tras la reforma establecida por la Ley 11/1990 determina que los efectos del matrimonio, en defecto de ley personal común, se rigen "*por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio*".-

las actuales construcciones, es preciso detenerse en ellas para comprender sus diferencias con las fórmulas de hoy y entender la mecánica de su funcionamiento en el momento estudiado. Para ello hay que retomar el concepto antiguo de la personalidad de las leyes para no confundirlo con la dimensión de "extraterritorialidad" que tardaría aún siglos en reconocerse. Dicho de otro modo, las leyes eran personales porque definían el estado y condición de las personas y ordenaban su conducta en el ámbito grupal regido por ese derecho y no porque definiesen el estado y condición de la persona o las condiciones que regían su conducta doquiera que se hallase. Por lo tanto, como pone claramente de manifiesto Torres López[189],*"...Este principio de la personalidad del derecho no resolvía por sí la cuestión de qué derecho se debía aplicar en las relaciones jurídicas mixtas y reclamó multitud de preceptos concretos para su aplicación a las diversas relaciones jurídicas"*.

Era pues preciso buscar fórmulas que permitiesen determinar cual era el régimen jurídico al que debía someterse una relación protagonizada entre pueblos de origen germano vinculados a ordenaciones legales diferentes. La *professio*, en este contexto, no debió ser un acto sinalagmático, mediante el cual se reconocía jurídicamente a las partes su capacidad para someterse a una u otra ley. Debía ser ante todo un acto oficializado en el que cada individuo, de forma unilateral, declaraba cual era el derecho al que su condición grupal le sometía. De este modo cuando surgía un

[189] Vid. Torres López *en ob. cit.* (nota 63*)* Volúmen II pág. 56 y, en especial, la bibliografía allí citada, que ha sido la fundamentalmente utilizada para el análisis de las *professiones iuris* en esta memoria doctoral.-

conflicto en el que, en razón de las *professiones iuris* efectuadas por ambas partes, debiera aplicarse una legislación concreta (por ser la ley personal de ambos); los magistrados resolverían con base en aquella normativa; pero de suscitarse una duda (es decir, que cada parte se hubiese referido a un derecho distinto en sus respectivas *profesiones*) habría que recurrir a otras soluciones. De ahí que Torres López considerase que "*este principio (...) no resolvía por sí la cuestión de qué derecho se debía aplicar en las relaciones mixtas*".

Es cierto que en la descripción aportada por algunos autores podría intuirse un trasfondo de "autonomía de la voluntad" en su dimensión conflictual; es decir, como facultad para someterse a una ley; creemos que esta visión debe ser muy matizada y opinamos que debe evitarse una supervaloración del significado de la *professio iuris* como el antecedente de fórmulas modernas. No debe negarse, sin embargo, que, muy probablemente, la evolución de ésta práctica pudo convertirla en un elemento auxiliar de la personalidad en momentos en los que se producía una notable extra-territorialización de los Derechos de base personal. Pero por lo que respecta al nacimiento y operatividad inicial creemos que es la que González Campos expresa con toda nitidez: "*tales "profesiones" maniobran en el contexto de una jurisdicción única, que acomodaba la composición de sus tribunales a la especificidad del caso mixto, incluyendo jueces pertenecientes a las comunidades*

de las partes intervinientes"[190]. Esta interpretación es mucho más coherente a nuestro juicio. Cada parte manifestaría cual es el ámbito jurídico al que se considera vinculado y el tribunal adaptaría su composición para incluir jueces conocedores de ese o de ambos derechos. No obstante su papel como auxiliar de la idea de esa noción de personalidad, consustancial a los derechos de la época, no debió tener un alcance tan grande como, a veces, se ha dicho. Pérez Prendes opina que "*Propiamente hablando personalidad pura no pudo haber en el Estado visigótico, puesto que al vivir mezclados los grupos nacionales de súbditos no se pudo dar el caso de que a sus miembros se les aplique fuera de su territorio su Derecho personal o el elegido en la Professio iuris (que no se conservan en absoluto en el Estado visigótico), ya que tales territorios propios no existen*"[191]. Tal vez ambos extremos sean excesivos y en ambos se encuentre una parte de razón. La *professio* [como institución característica del estado franco] cobra su pleno sentido cuando los grupos "nacionales" se entremezclan y la territorialidad (como criterio para determinar el ámbito de eficacia de las normas) ha empezado a formarse pero aún no ha alcanzado un grado de madurez operativa[192]. Lo que si parece es que su máxima efectividad debió desplegarse en aquellos territorios donde la variedad jurídica era mayor (Italia o Borgoña, por ejemplo). En

---

[190] Vid. González Campos en *loc. cit.* (nota 4) págs. 167 y ss.-

[191] Vid. Pérez Prendes en *ob. cit.* (nota 123) pág. 330.-

[192] Vid. Aguilar Navarro "*Derecho internacional privado*" Volúmen I Tomo I. Madrid 1976 págs 168 y ss.-

cuanto a su repercusión sobre la regulación del asunto, en línea con lo resumido en la cita de González Campos, pensamos que debió de permitir o bien aplicar la ley "nacional común" o bien, realizar un ajuste de las leyes en presencia, o bien utilizar una de ellas en razón de consideraciones próximas al *potior videtur* de los magistrados. Tal vez, la práctica se tradujo en fórmulas más cerradas y cuasi-conflictuales. Pérez Prendes[193] establece un esquema de soluciones para las cuestiones inter-grupales o supuestos mixtos en el estado franco, así por ejemplo:

> En materia de Derecho público: se aplicaba la legislación Sálica (que fue redactada como un pacto entre la monarquía y el pueblo) y las disposiciones reales o capitulaciones
>
> En materia de Derecho privado: en cuestiones matrimoniales se tenía en cuenta el Derecho de ambos contrayentes; en materia de propiedad, la ley del propietario; en cuestiones de compraventa, la legislación del vendedor; en el ámbito de la tutela, el Derecho del menor y en las sucesiones el del difunto.

En consecuencia, la "personalidad" en esta etapa continuaba siendo predominantemente la expresión de un derecho nacional grupal y no un principio delimitador del ámbito de eficacia de las normas jurídicas. Seguía sin referirse de un modo claro a la condición de un sujeto fuera de su comunidad. Ha de insistirse en que las *profesiones iuris* suponen una racionalización del sistema personal-grupal y que deben considerarse más como un

---

[193] Vid. Pérez Prendes en "*Curso de Historia del Derecho*" Volúmen I Madrid 1978 pág. 302.-

perfeccionamiento técnico del antiguo principio de personalidad, que como un método susceptible de solucionar los problemas de carácter mixto. Es solamente un vehículo complementario y auxiliar de la personalidad, debiendo subrayarse que, a partir de este periodo, se iría conjugando progresivamente con las fórmulas territoriales que se irían consolidando. Tanto el reino franco como el visigodo trataron de establecer una legislación homogénea en sus territorios. La pluralidad grupal era un hecho incontestable que requería arbitrar remedios, pero el objetivo era establecer un Orden jurídico para todo el reino[194]. No debe olvidarse que el concepto de "España" o "Hispania", por ejemplo, es algo que surge en el contexto romano-gótico[195]. No obstante, en las soluciones que se articularon para dar respuesta a los problemas derivados de las relaciones mixtas, subyacen ya los elementos que, siglos más tarde, permitirían aplicar un derecho extranjero en un foro distinto. Pero, como ya hemos advertido, no hay que exagerar esta conclusión.

Las poblaciones asentadas desde la época romana vivieron de acuerdo con el Derecho Romano vulgar y a los judíos se le permitió, aunque fuese parcialmente, aplicar su propio sistema a los asuntos que se suscitaran en el seno de su propio grupo; si bien nunca hubo un reconocimiento legal de este respeto y vieron

---

[194] Hay que tener en cuenta que el derecho "nacional" de los germanos no podía ser derogado por un acto legislativo del rey, por lo que la labor unificadora se orientó hacia las relaciones de los grupos que hemos calificado de pre-asentados. Vid. Savigny "*Geschichte des Römanische Recht in Mittelalter*" Volúmen I 1834 págs. 115 y ss.; y Torres López en *ob. cit.* (nota 63) pág. 58.-

[195] Vid. el trabajo de Espinar Vicente y Contreras Contreras "La organización territorial del Estado español: Derecho e Historia" *Revista Sistema* Noviembre 2005 pág. 31.-

limitada su actividad tanto en el ámbito socio-jurídico como en el político. La cuestión de cómo se resolvieron los asuntos mixtos ha suscitado diversas teorías muy alejadas entre sí. Refiriéndonos específicamente a las relaciones de los hispanoromanos con los visigodos, la doctrina se ha decantado por tres alternativas muy dispares:

*La primera tesis mantiene la aplicación del Derecho visigótico a cualquier asunto mixto que se plantease. En defensa de esta tesis se arguye la primacía del principio franco de personalidad y se citan disposiciones del Código de Eurico en las que se establece la aplicabilidad de la ley visigoda para determinados asuntos.

*El segundo grupo defiende la aplicación alternativa del Derecho romano o del visigótico, según la naturaleza del asunto sobre el que versare la contienda; y

*Los representantes de la tercera, con apoyo en la *lex romana visigothorum*, entienden que la regla debió construirse a partir de un principio que quedó claramente establecido en dicho texto: *actor sequitur forum rei*. En consecuencia consideran que debió de aplicarse la ley personal del demandado[196].

Es muy difícil decantarse por ninguna de las soluciones anotadas. Todas pueden tener un valor relativo en función del

[196] Sobre estos temas puede consultarse la extensa bibliografía facilitada por Torres López en *ob. cit.* (nota 63) págs. 90-92 Nosotros hemos utilizado, fundamentalmente las obras de Halban "*Das Römische Recht in der germanischen Volkstaaten*" Tomo I págs. 151-237; y Zeumer. "*Historia de la legislación visigoda*" Barcelona 1944 pág. 176 y ss.-

momento y lugar en que se consideren. Desde la óptica del Derecho internacional privado la más interesante es la última; la mantenida por Halban. Con independencia de su exactitud y precisión histórica, tiene el mérito de poner de relieve dos elementos muy importantes del Derecho de la época: el de la correlación forum-ius y el de la aplicación de una legislación cierta en los juicios que se ventilasen. Así en el Breviario de Alarico puede leerse "*Providere ergo te convenit, ut in foro tuo nulla alia lex neque iuris formula proferri vel recipi praesumatur*"[197]. Parece razonable que los vientos soplasen en esa dirección. El juzgador estaba vinculado por su propia ley; sólo si el Derecho Romano y la normativa visigoda constituían la *lex fori* del magistrado podría aplicarse una u otra. Si, por el contrario, estaba sometido únicamente al sistema visigótico, vendría obligado a fallar según éste. El demandado determinaba el foro; en consecuencia, hay que entender que quedaba sometido a su jurisdicción y a sus leyes. En otros términos no es que se aplicase el derecho del demandado sino que se aplicaría la *lex fori* del magistrado.

3. Los orígenes de la territorialización y la pervivencia de las fórmulas clásicas.

El hecho de que la doctrina haya polemizado sobre la delimitación del ámbito de aplicación de los Derechos germánicos; y, en concreto, sobre la naturaleza personal o territorial del criterio

---

[197] "Por ello te conviene prevenir que en tu tribunal ninguna otra ley ni fórmula del ius se pretenda citar o recibir" Traducción en García-Gallo "*Manual de Historia del Derecho Español*" Volúmen II Madrid 1964 pág. 168.-

para establecerlo, es ya por sí mismo un dato muy importante para nuestra reflexión[198]. Sin entrar de lleno en la polémica, Tomás y Valiente esquematiza el estado de la cuestión en torno a siete puntos en los que resalta el carácter probablemente territorial de las leyes teodoricianas y del Código de Eurico, la indudable naturaleza territorial de la ley de Teudis y dibuja una zona entre dos luces para los restantes textos relevantes[199]. De todo ello queda claro que el nuevo proyecto político se tradujo jurídicamente en la búsqueda de una ordenación legal única para todo los súbditos del reino que no llegaría a cuajar plenamente. La legislación real tendía a fundir los distintos grupos nacionales, en un solo Estado, con un único Derecho. Pero esta línea operó entre dos factores contrapuestos.

En primer lugar nos referiremos a los datos positivos. La unificación jurídica no debía resultar particularmente difícil si se tiene en cuenta que existía una tradición germánica común y que entre sus distintas leyes se produjo una notable influencia recíproca al fijarse por escrito. Además persistía el Derecho romano vulgar, al que se pretendía integrar en la construcción sincrética del nuevo edificio jurídico.

---

[198] Para la tesis clásica en torno a la personalidad Vid. por todos, Torres López en *ob. cit.* (nota 63) *passim.* Entre los que sustentan el carácter territorial del Derecho visigótico Vid. García-Gallo "Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda" en *Anuario de Historia del Derecho Español,* 1941. págs. 168-264; y del mismo autor "Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas" *Anuario de Historia del derecho Español* 1974. págs. 128-199.-

[199] Vid. Tomás y Valiente "*Manual de Historia del Derecho Español*" Madrid 1979 pág. 107.-

En segundo lugar existieron unos vectores de carácter opuesto, entre los que destacan los siguientes: el concepto de "personalidad del Derecho" constituyó un instrumento para la convivencia pacífica entre grupos humanos de caracteres muy distintos; por lo tanto el respeto de los Derecho grupales en un grado razonable era un instrumento que no podía ser fácilmente soslayado. Por otro lado, a partir de la invasión sarracena se va a producir una fragmentación política que potencia la existencia de de una diversidad de *iura propia* más o menos encuadrados en el marco de una armazón política común.

Como resume Pérez Prendes: "*El hilo conductor del medievo occidental desde el punto de vista jurídico-institucional, arranca del Derecho romano vulgar y el germanismo jurídico. Posteriormente adquiere su perfil más representativo, con los "iura propia"* (...) *y entra en declive con la difusión predominante del "ius comune*"[200]. Ahora bien, dentro de este hilo conductor ya pueden detectarse las simientes de una territorialización del ámbito de aplicación del Derecho; pero, como casi todo en esta campo, estas semillas tardarán todavía muchos siglos en brotar y adquirir los perfiles con los que hoy lo entendemos. No puede perderse de vista, además, que la conformación de las coordenadas políticas y jurídicas en las que se mueven estos derechos particulares son muy distintas de las que tendremos que analizar más adelante.

---

[200] Vid. Pérez Prendes "*Instituciones medievales*" Madrid 1997 pág. 25.-

4. La invasión árabe y la sociedad señorial hasta el siglo XIII.

La reacción frente a los musulmanes se tradujo en el surgimiento de una serie de distintos núcleos políticos que afirman y consolidan su independencia respecto a Al-Andalus y que se establecen como unidades independientes entre si. Las fronteras y las relaciones entre estos diversos núcleos políticos cristianos fueron muy inestables. Hostiles e independientes frente a Al-Andalus, lo fueron también entre ellos mismos, sin perjuicio de las alianzas o anexiones pasajeras entre los nuevos reinos. Como es lógico, la consolidación de la independencia política de los reinos cristianos fue un factor decisivo en la diversificación del Derecho en la época medieval.

Además del fraccionamiento del poder político, existieron otros factores que influyeron en esa multiplicidad de Derechos locales. En efecto, hay que tener en cuenta que el poder de los reyes fue bastante débil en los siglos VIII al XIII, ya que para la defensa de la tierra, o para la guerra contra los musulmanes, necesitaban la ayuda permanente de la nobleza militar y de la jerarquía eclesiástica. Los primeros prestaban ayuda castrense y los segundos legitimaban al rey. Eran, por lo tanto, unos reyes dependientes de otros poderes fácticos, por lo que les resultaba muy difícil imponer un orden jurídico uniforme para todos sus súbditos. En este contexto, los nobles y clérigos cimentaron, a cambio de su apoyo, un creciente dominio sobre las tierras y sobre las personas que en ellas vivían. Habían accedido a su posesión, bien por donación

regia, bien por ocupación directa o por otros títulos jurídicos; pero se constituían en Señores de esos territorios y sobre ellos ejercían poderes propios de un “estado”. Cada señorío tendió a ser económicamente autárquico y a lograr la mayor independencia e inmunidad posible frente al poder real. Esto llevó a dotarles de una capacidad para crear Derecho y, frecuentemente otorgaron Cartas pueblas a los hombres de su señorío, les confirmaron privilegios anteriores, les reconocieron sus costumbres ancestrales y ejercían jurisdicción sobre ellos. No obstante dentro de este esquema feudal se establecía una relación jerarquizada cuyo último eslabón era la figura del rey[201].

A este panorama habría que añadir otros tres datos para terminar de bosquejar el panorama de la dispersión jurídica: por una parte, el derecho observado por los judíos que vivían dentro de los territorios de los reyes cristianos y el de lo moros que hubieran obtenido en su capitulación la conservación de sus leyes; por otra, el derecho y prerrogativas de la Iglesia Católica; y, finalmente, el derecho personal o de clase. Y es que el Derecho no solo se diversificaba, dentro de cada reino, sino también simultáneamente en razón de los privilegios personales. Dentro de cada reino los hombres también diferían entre sí, jurídicamente hablando, según fuese su puesto en la escala social.

---

[201] Sobre este aspecto Vid. en especial, Barbero & Vigil “*La formación del feudalismo en la Península ibérica*” Barcelona 1978; Bloch “*La sociedad feudal: La formación de los vínculos de dependencia*” México 1958; Calasso “*Medio Evo del Diritto*” Milán 1954; Sanchez Albornoz “*En torno a lo orígenes del feudalismo*” Mendoza 1942; Tomás y Valiente *ob. cit.* (nota 107) y García de Valdeavellano “*Curso de Historia de la Instituciones Españolas*” Madrid 1973.-

En todo este periodo el mayor volumen de los que podríamos denominar “tráfico externo” se produjo entre individuos pertenecientes a entidades jurídicamente diferenciadas, pero insertas en el contexto político común de la Corona. La división normativa debió determinar la existencia de graves problemas a la hora de dirimir contiendas entre personas aforadas a distintos sistemas. Es cierto que los regímenes diferentes no eran tan diferenciales y que se pueden encontrar similitudes e identidades entre fueros, así como la extensión de los más acreditados a otros territorios; pero no es menos cierto que los problemas surgían. Baste con aproximarnos a la institución del *Medianedo* para comprobarlo. Aunque en la práctica se ocupó fundamentalmente de cuestiones de naturaleza penal, fue concebida como una asamblea judicial formada por hombres libres de distritos distintos, para que resolviesen en un lugar intermedio los litigios surgidos entre las gentes de sus respectivas circunscripciones[202].

Al margen de este juicio de medianería, hay que comprender que, en este panorama, el principio de la personalidad del Derecho debió de fortalecerse y se aplicó tanto en razón del credo religioso de las gentes, como en el de su “nación”; (es decir, del lugar donde hubiesen nacido) así como en base a su ubicación en la pirámide social. Los Derechos locales, que constituyeron casi la única forma de manifestación del Derecho desde el siglo IX al XIII, solían respetar la condición jurídica de los forasteros y en toda esta época se puede apreciar también una tolerancia y atención

[202] Vid. García de Valdeavellano ”Curso …” *ob. cit.* (nota 201) pág.558.-

jurídica al que es extranjero en su sentido más propio. Como ejemplo significativo de la consideración de la que eran objeto esta clase de personas destaca el florecimiento de una *lex mercatoria*, como expresión del auge de unas relaciones mercantiles internacionales y la importante institución del hospedaje hispano medieval.

Durante los siglos XI y XII hubo un florecimiento económico –principalmente en el norte de la península- debido al creciente desarrollo de las peregrinaciones a Compostela. Acudían numerosos peregrinos que potenciaron el establecimiento de muchos comerciantes, mercaderes y artesanos a lo largo de toda la ruta que recorría el Camino de Santiago. Provenían, principalmente, de Francia, Alemania, Inglaterra, Italia y Flandes y eran conocidos con la denominación genérica de "francos". En muchos casos se quedaron definitivamente en el país contribuyendo al desarrollo demográfico de las regiones reconquistadas y potenciando el auge de las actividades mercantiles e industriales que, a su amparo, se produjeron en la parte septentrional de la península. Este fenómeno tuvo una transcendencia extraordinaria y acercó el comercio europeo a la llamada España cristiana

El mercader forastero que visitaba una población con propósitos mercantiles, necesitaba una residencia para él y sus acompañantes así como un almacén para guardar sus caballerías y mercancías, pero lo que verdaderamente le era imprescindible era una persona originaria de la población que conociese bien las

practicas del mercado, las características de los compradores, las gabelas que tenia que pagar y, en general, las prácticas y normas del lugar. Ese natural debía proteger la persona y bienes del mercader y responder de sus actos. Esta figura, conocida como el *hoste*, además de esas obligaciones, disfrutaba de una amplia serie de derechos. Participaba en los beneficios del mercader (por lo general de un tercio de sus ganancias) y podía apropiarse de los embalajes de los productos que llegaban a su hospedería. De acuerdo con el *Fuero de Estella*, ciudad beneficiada por estar en el "Camino de Santiago", podía quedarse con la silla de la cabalgadura vendida; en supuestos especiales podía hasta heredar al mercader hospedado y, en cualquier caso, cobraba unos derechos de corretaje que se llamaban "*hostalaje*" o "*reua*"[203]. En algunas regiones, gozaban del derecho de retracto sobre los bienes del mercader, si bien esta prerrogativa era más propia de las localidades que vivían al margen de las principales corrientes comerciales del Medievo[204].

Hay que tener en cuenta que a partir del siglo X y, sobre todo del XII, surgió una nueva clase social integrada por comerciantes y artesanos que impulsaron el intercambio entre el campo y la ciudad

---

[203] Un texto del *Liber Sancti Jacobi* del siglo XII, se refiere al cobro de la "*reua*" por los posaderos de Santiago de Compostela en relación con las compraventas de sus huéspedes peregrinos. Es, probablemente, la primera mención de la "*reua*" en España y se produce en una zona íntimamente relacionada con la Europa transpirenaica

[204] Vid. Gual Camarena "El Hospedaje hispano medieval" *Anuario de Historia del Derecho Español* 1962 págs. 531 y ss.; en este sentido Vid. especialmente el trabajo de Garrisson "Les hôtes et l´hébergement des étrangers au moyen âge. Quelques solutions de droit comparé" *Etudes d´Histoire du Droit Privé offertes à Pierre Petot,* Paris 1959 págs. 199 y ss.-

y que establecieron una serie de rutas comerciales entre ciudades europeas muy distantes. Además las cruzadas (siglos XI-XIII) abrieron el paso al comercio con nuevos territorios. Este auge mercantil tuvo como consecuencia la intensificación del tráfico marítimo[205] y la aparición de destacados emporios económicos en algunas ciudades de la cristiandad. Por otra parte, la tradición de las grandes ferias para fomentar las transacciones de ganados y productos en puntos estratégicos había propiciado la generación de unos usos uniformes para las operaciones que habitualmente se realizaban en ellas[206]. Además, el auge del comercio en los burgos había llevado a crear organizaciones profesionales que obtuvieron privilegios propios, llegando a tener una jurisdicción particular e, incluso, a establecer unos procedimientos especiales para las causas de insolvencia. Fueron los "tribunales consulares" los que resolvían los litigios que se presentasen con ocasión de estos negocios. En un principio, poseían una competencia limitada a los miembros del gremio y sus decisiones se ejecutaban en la villa de origen del demandado. Con el tiempo, su jurisdicción se fue ampliando y conoció de los asuntos que enfrentaban a mercaderes y extraños ya

---

[205] Uno de los antecedentes de este derecho consuetudinario marítimo lo tenemos en los llamados *assises* de Jerusalén, que compilaron los usos marítimos, quedando confiada su aplicación a los cónsules.-

[206] Estos usos a los que conocemos como *Lex Mercatoria* eran usos internacionales porque así eran los negocios a los que se referían, como ejemplo bástenos la letra de cambio, que nació en las ferias internacionales como utensilio para poder pagar en el extranjero. Sobre estos aspectos Vid. Fernández Rozas. "Ius Mercatorum" *Revista del Consejo General del Notariado*. 2004 págs. 27 y ss. Y Vid. Aguilera Barchet *"Historia de la letra de cambio en España. Seis siglos de práctica trayecticia"* 1988 (reedición de 1999).-

fuese como demandantes o demandados. También actuó en casos en los que otras personas, como nobles, clérigos o militares, sin estar adscritas a un gremio, ejercían ocasionalmente el comercio.

Como es sabido, ni el Derecho Romano vulgar, ni el germánico, ni los *iura propia* se adaptaban bien a las necesidades mercantiles y, debido a ello y, desde el principio, los comerciantes fueron construyendo un ordenamiento adecuado a sus necesidades, partiendo de unas normas de carácter consuetudinario y de ámbito corporativo como ya hemos tenido ocasión de exponer en las páginas precedentes. Estas reglas fueron adoptando un carácter homogéneo en las distintas plazas en las que se desarrollaban estas actividades económicas. Era pues una suerte de Derecho uniforme, de carácter universal, observado en casi todas partes (las excepciones fueron muy limitadas) y de ámbito de aplicación restringido a las relaciones entre los profesionales del comercio.

Este Derecho especial, elaborado en su totalidad por los comerciantes agremiados, procedente de las costumbres y aplicado por los tribunales especiales de los "Cónsules", es el cuerpo que formó la llamada *lex mercatoria*. El interés de su estudio cobra hoy un especial relieve debido a que en su revivificación actual conserva casi intactos los caracteres que tuvo en esta época. Apoyada en el arbitraje, producida por usos, recopilada por asociaciones profesionales, de ámbito restringido al comercio y con una eficacia garantizada en la propia fuerza del medio, el *new*

merchant law o nueva lex mercatoria, sigue constituyendo una de las columnas vertebrales del comercio internacional[207].

.

[207] Vid. Gondra Romero "La moderna lex mercatoria y la unificación del Derecho del comercio internacional" *Revista de Derecho Mercantil* 1972 págs. 7 y ss.; Khan "*La vente commerciale internationale*" Paris 1961 p*assim*.; Derains "Le statut des usages du commerce international devant les jurisdictions arbitrales » *Revue de l'Arbitrage* 1973/3. en especial pág. 127. Espinar Vicente "*La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico* " Madrid 1979. págs. 137 y ss.-

II. LOS ORÍGENES CIENTÍFICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA EDAD MEDIA.

1. Introducción.

Los antecedentes inmediatos de las construcciones doctrinales actuales pueden situarse en torno al periodo comprendido entre los siglos XII y XV. Las primeras reflexiones científicas se originaron en torno a un punto muy concreto: el de cuándo podían aplicarse los estatutos y costumbres de una ciudad para determinar el régimen jurídico de los supuestos en los que interviniese un sujeto de otra ciudad distinta. Así pues, las preocupaciones iniciales de este movimiento se concretaron en la búsqueda de una fundamentación que permitiese aplicar los estatutos de la ciudad a supuestos que, al menos aparentemente, se situaban más allá de los límites de eficacia para el que fueron dictadas las normas con las que pretendían regularse. En torno a esa época se habían decantado unos elementos doctrinales y se habían producido una serie de circunstancias que permitieron a los juristas del momento plantearse los asuntos de “trafico externo” con base en unos razonamientos y unas técnicas que encierran, sin duda, las esencias metodológicas del Derecho internacional privado moderno. Las condiciones que permitieron este tránsito pueden resumirse en los siguientes cinco puntos:

En primer lugar, la estructura derivada del feudalismo llevaba en sí el germen de una territorialización del poder y del Derecho. Esto no quiere decir, ni mucho menos, que los planteamientos derivados de la personalidad hubiesen quedado

superados. (El derecho de clase o la idea del juez natural constituyen sendos exponentes)[208]. Lo que se quiere decir es que ambos instrumentos de delimitación del ámbito de vigencia de las normas convivieron en este momento y que su coexistencia haría posible distinguir entre preceptos que obligan a todos los que se hallasen en un determinado lugar y disposiciones que se dirigirían a un grupo determinado de personas.

En segundo lugar, hay que tener muy en cuenta la creciente importancia de la dinámica centralizadora y de unidad que representaba la Iglesia[209]; y que se tradujo en la idea política de una agrupación universal de comunidades: la *Respublica Christiana*[210]. Esta idea dotaría al pluriverso jurídico medieval de una cobertura unitaria. Por encima de las unidades diferenciales existe la unión que suministra una fe única y la figura universal del representante de Dios en la tierra.

En tercer lugar, pero íntimamente vinculado al dato anterior, habríamos de anotar el fenómeno de la recepción del Derecho común, que fue entendido "*como el sistema jurídico resultante del entrecruce del Derecho romano justinianeo, el*

---

[208] Vid.González Campos en *ob. cit.* (nota65) pág. 254; y Pérez Prendes en *ob. cit.* (nota 193) Volúmen I págs. 408 -409.-

[209] Vid. en esta línea, Torres Campos en *ob. cit.* (nota 33) págs. 79-80.-

[210] Vid. Calasso "*lntroduzione al diritto comune*" Milan 1951 pág. 50; Wilks "*The problem of sovereignty in the Later Middle Ages*" Cambridge 1964 págs. 5 y ss.; Nys "*Les origines du Droit international*" Bruselas-París 1854. págs. 13 y ss.; y Truyol y Serra *ob. cit.* (nota 25) pág. 139.-

Derecho canónico y el Derecho feudal"[211]. Este hecho posee una importancia capital. Al elemento aglutinante de una religión común se agrega el de una comunión jurídica. Existe una superestructura normativa que va a permitir una racionalización de unos Derechos particulares que convergen en el *ius commune* y encuentran en este vértice un instrumento de legitimación e interpretación.

En cuarto lugar destaca la metodología que utilizan glosadores y comentaristas para estudiar el Derecho Romano "redescubierto". Exegético e interpretativo en los primeros y dogmático y constructivo en los segundos[212], permitirá ir deduciendo pautas que transformarán el modo de entender y aplicar las normas.

Finalmente, y en quinto lugar, ha de tenerse en cuenta la reproducción de un "microcosmos" en las ciudades del norte de Italia en los siglos XII y XIII en el que se dieron los caracteres de autonomía y restablecimiento del íntercurso económico que, *mutatis mutandi*, se corresponden con los que progresivamente se fueron extendiendo por Occidente, hasta su consolidación definitiva en la sociedad internacional de Estados monárquicos de los siglos XVI y XVII[213].

---

211 Vid. Pérez Prendes en *ob. cit.* (nota 193) pág. 505.-

212 Vid. Calasso *"Medioevo del diritto"* Milán 1954 pág. 595**.-**

213 Sobre la evolución de los distintos modelos de sociedad internacional, Vid. Aguilar Navarro *ob. cit.* (nota 1) Tomo I Volúmen II "*Las formas históricas de organización internacional*", en especial, págs. 38-54.-

2. Hacia la territorialización del concepto "estado".

Del mismo modo que con la caída del Bajo Imperio se abría un paréntesis de crisis, la época considerada ofrece un panorama de transición en el que se desarrollan unas dinámicas de cambio que pueden resumirse en torno a la doble alternativa de transformación que se le ofrecía a la sociedad medieval, tal vez, desde sus propios orígenes. Van Kan resume la disyuntiva en una serie de preguntas: ¿Se desarrollarán las naciones como una serie de unidades independientes?, ¿cada una de ellas vivirá de forma autónoma hasta convertirse en un Estado soberano libre de cualquier vínculo con los demás? o, por el contrario, ¿se considerarán partes de un acuerdo fraterno que las transformará en partes de un gran todo? Al final del proceso, la dualidad que plantea Van Kan[214] se resuelve a favor de la primera opción. En términos muy simplificados, la formación de esta "*Sociedad internacional monárquica*"[215] es fruto del triunfo del poder real en un doble frente:

En primer término, el que representa el progresivo fortalecimiento de la autoridad del monarca frente al sistema feudal que se había consolidado, en la época de su mayor debilidad, como una estructura en la que los grandes terratenientes gobernaban "*y no como funcionarios o mercenarios (...) sino como señores*

---

[214] Vid.Van Kan en *ob. cit.* (nota 101) págs. 558 y ss. "*…les nations vont-elles se développer en unités limitées, qui séparément mèneront une existence indépendante et qui se développeront ensuite en des Etats souverains sans la reconnaissance d'un lien mutuel, ou bien les nations vont-elles, d'un fraternel, se présenter comme des parties d'un grand tout?*

215 Vid. Aguilar Navarro en *ob. cit.* (nota 1) Tomo I Volúmen II págs. 49 y ss.-

territoriales independientes, que no basaban sus privilegios en un poder administrativo procedente del soberano como fuente de Derecho, sino exclusivamente en su poder efectivo, directo y personal"[216].

En segundo término el que supone la paulatina desvinculación de los reinos del esquema imperial, a medida que va estabilizándose el poder real *ad intra*. A partir del siglo XII, la fórmula "*rex superiorem non recognoscens, in regno suo est imperator*" se convierte en la divisa que expresa la tensión subyacente entre las monarquías y el imperio por la "*summa potestas*"[217].

Esta dinámica (cuyos orígenes teóricos pueden apreciarse desde el periodo altomedieval) cobra un auge notable a partir del siglo XIII y se desarrolla a lo largo de toda la época en análisis, hasta culminar su trayectoria en el primer tercio del siglo XVI. Pero, desde luego, no fue el único vector activo durante el periodo considerado. La línea que apuntaba hacia la unidad de un Imperio Cristiano es cierto que no llegó a imponerse, pero no es menos

---

[216] Vid. Hauser *"Historia social de la literatura y el Arte"* Tomo I Madrid 1971 págs. 233 y ss. -en especial pág. 236-. Un cuadro sobre la consecuencia del feudalismo en villas y ciudades es el que describe D. Juan I en las Cortes de Valladolid en 1385; en tal sentido, las ventajas que gozaban las ciudades de realengo, gobernadas por empleados del rey, debió de constituir un estímulo y un factor de potenciación de la monarquía. Vid. Antequera "*Historia de la Legislación española"* Madrid 1849 en especial págs. 149 y ss.-

[217] Vid. Barile "*Funciones e interpretación del Derecho internacional privado en una perspectiva histórica*" Valladolid 1965 págs. 13-14; y Hinsley en *ob. cit.* (nota 22) págs. 144-145 (en torno a la idea de que la desvinculación *ad intra* no supone independencia del Estado en sus relaciones con la cristiandad y los demás Estados que la componen (dimensión ad extra).-

cierto que convivió con la otra sin que, hasta los momentos finales, resultase fácilmente predecible el triunfo de una u otra vía. La antinomia entre las ideas de Gatinara y Mota, durante el reinado de Carlos I, es un exponente de cómo, perduraba en el primero la idea de una monarquía universal, mientras el segundo interpretaba la idea del Imperio de un modo más pragmático, al encomendarle meramente la dirección de la *Universitas Christiana*[218]. Por esta razón, no creemos que quepa trazar una línea divisoria clara que nos permita hablar de un primer momento en el que la *Respublica Christiana* era concebida como un Imperio universal y de un segundo momento en el que fue interpretada como el marco homogéneo en el que debían de convivir e interrelacionarse un conjunto de unidades políticas que reafirmaban su independencia recíproca en torno a las figuras de sus respectivos monarcas y territorios[219]. Desde nuestro punto de vista ambas concepciones coexistieron y, aunque la mayor fuerza que cobra la segunda suponga un debilitamiento paralelo de la primera, es precisamente la pervivencia del credo en una monarquía universal la que implantaría la inercia que permitió a la sociedad internacional de Estados monárquicos un cuadro de relaciones fundado en la universalidad del cristianismo[220]. No obstante, es indudable que una

---

[218] Vid. Menéndez Pidal *"Idea Imperial de Carlos V"* Madrid 1955 (4.ª edición) págs. 18 y ss.-

[219] Vid. Hinsley en *ob. cit.* (nota 22) pág. 146 insinúa la hipótesis de estos dos momentos.-

[220] Refiriéndose al modelo posterior de Sociedad Internacional Matlingly señala que *"...Lo que despareció no fueron los métodos prácticos de acción o los modos de sentir, sino el antiguo modo de pensar. Los estados y los indiVid.uos actuaban aún, la mayor*

de estas líneas primó a lo largo de estos siglos. La territorialización del poder es un ingrediente característico de esta dinámica y de ella se deriva esa tendencia a excluir de la jurisdicción del estado moderno toda manifestación de una soberanía extranjera[221].

3. La cobertura jurídica unitaria.

Una leyenda, que durante muchos años fue aceptada como explicación histórica, afirma que Lotario II descubrió en la ciudad de Amalfi en el año 1135 un ejemplar de las *Pandectas* de Justiniano y que ordenó su enseñanza en las escuelas y su aplicación a la resolución de los litigios. De esta forma, de un modo muy simple, se pudo explicar el fenómeno de la "*recepció*n" del Derecho romano en la Edad Media y su estudio en las universidades a partir del siglo XII[222]. Desde Savigny[223] nadie ha corroborado en términos históricos esta tradición y las tesis acerca de la pervivencia y cultivo del Derecho Romano a lo largo del periodo que abarcan los siglos VI al XII se impuso sin objeciones. Ahora bien, es bueno traer a colación esta fábula por cuanto testimonia un hecho real: es cierto que antes también se conocía y se examinaba el Derecho de Roma, pero lo que es verdad es que nunca tuvo el protagonismo que cobró a partir del siglo XII. Este

---

parte de las veces, como si la gran sociedad de occidente viviera todavía según las leyes de un derecho común..." Vid. "*Historia del Mundo Moderno*" varios autores Barcelona 1974. pág.125.-

221 Vid. De Visscher "*Teorías y realidades en Derecho internacional público*" Barcelona 1962 pág.4.-

222 Vid. Camacho Evangelista en *ob. cit.* (nota 102) pág. 344.-

223 Vid. Savigny *"Histoire du Droit Romain au Moyen Age"* (traducción de Guenoux) París 1839 *passim*.-

“hallazgo” ilustra mejor que cualquier otra parábola el fenómeno de una “*recepción*” que, a partir de los siglos XII y XIII, constituyó un evento jurídico de carácter espectacular y de honda transcendencia.

Con independencia de su vigencia en cada esfera territorial concreta, los juristas se formaban en su estudio, los jueces y funcionarios se hallaban inculcados de su espíritu y el Derecho Romano, al entrecruzarse con el canónico, el feudal y las prácticas comerciales uniformes del medioevo, pasó a convertirse en un *ius commune* capaz de representar el vehículo de superación y convergencia de los Derechos particulares. En otras palabras, constituía el sistema jurídico susceptible de regular armónicamente cualquier situación o relación jurídicamente relevante, sobre la base del principio *“ut unum esse ius, cum unum sit imperium”*[224].

La primera pregunta que surge al enfrentarse con esta manifestación se refiere al problema de la relación entre los Derechos particulares y la cobertura jurídica unitaria. En realidad, la existencia de un pluriverso normativo inserto en la estructura de un sistema común sólo puede solventarse con base en tres posibilidades:

*Los Derechos particulares eran maneras de ordenación subordinadas al *ius comune*, inválidas en cuanto se opusiesen a lo en él preceptuado y válidas en la medida en la que se refiriesen a los aspectos no contemplados por éste o fueran normas de desarrollo.

---

[224] Vid. Pérez Prendes en *ob. cit.* (nota 193) pág. 505.-

*Los Derechos particulares constituían excepciones al Derecho común y su vigencia se circunscribía a un ámbito territorial muy concreto; aquel donde se ejercitaba el poder *ad intra* de quienes los dictaban.

*El Derecho común -y muy en especial el romano-, al margen de aquellas unidades políticas en las que rigiese como Derecho propio, representaría una estructura jurídica integral de carácter supletorio y con una función tutelar. Su operatividad se concretaría entonces, o bien en su papel de fuente de inspiración e interpretación, o bien en su función de cubrir las lagunas de los Derechos particulares.

Descartada la primera posibilidad por no responder ni a los datos históricos ni a los caracteres del renacimiento medieval, la alternativa se reduce a las otras dos posibilidades. Ahora bien, desde el principio ha de advertirse que ambas no sólo no son incompatibles, sino que su consideración conjunta sirve para comprender la adaptabilidad del *ius comune* a las diversas formas de entender el marco de la *Respublica Christiana* y a las vicisitudes que sufren todas estas teorías a lo largo de la época en estudio.

De este modo, para quienes entienden que las unidades nacionales son partes componentes de un todo, el Derecho común supondría la vía jurídica de la *reductio ad unitatem*, el modelo inmutable de lo justo y de lo injusto[225]. Este modelo, al insertarse

---

[225] Vid. Calasso *ob. cit.* (nota 212) pág. 596 donde escribe: *"...la scienza giuridica, sensibilissima al nuovo orientamento, si accosta al diritto romano non piu con la*

en el contexto de una realidad plural, cohabitaría con otros Derechos particulares, cuya regulación sería la expresión excepcional de una ordenación sectorial que tendría su ámbito de eficacia limitado por las coordenadas personales-territoriales que especifican a cada comunidad concreta dentro de la gran comunidad cristiana. En otros términos, sólo resultarían aplicables a las personas ligadas al territorio en el que operen[226].

Para quienes imbuidos en la idea de que el *“rex est imperator in regno suo*[227], el *ius Commune* -y al referimos a él pensamos primordialmente en el Derecho Romano--, constituiría la *ratio scripta* o el marco jurídico de referencia que se correspondería, en estrecho paralelismo, con la unidad externa de la cristiandad; sería fuente de inspiración[228], Derecho supletorio[229] y punto de referencia para la interpretación armónica de los Derechos particulares. Desde esta perspectiva, el Derecho común estaría dotado de una amplia operatividad, sobre todo en razón de la formación jurídico romanista de los “órganos” encargados de la aplicación de los Derechos particulares. Así pues, la relación entre el marco jurídico unitario y los Derechos particulares y la de éstos

---

convinzione, che pei glossatori era stata quasi una fede, di ritrovari il canone inmutabile del giusto e dell'ingiusto...".-

[226] Vid. González Campos en *ob. cit.* (nota 65) pág. 254.-

[227] En la península ibérica se reiteró varias veces la prohibición de aplicar el *ius commune*, lo que prueba, de un lado, su posición respecto al problema y, de otro la inutilidad real de la prohibición. Vid. Pérez Prendes en *ob. cit.* (nota 193) pág. 521.-

[228] Vid. Barile ”*Funciones e interpretación del derecho internacional privado en una perpectiva histórica*” Valladolid 1965. pág. 16.-

[229] Vid. Aguilar Navarro en *ob. cit*. (nota 1) pág. 183.-

entre sí, constituye un tema de reflexión íntimamente vinculado con el problema de las concepciones político-jurídicas básicas del período; si a este atractivo se le añade además el que representa la transformación socio-económica del renacimiento medieval, con su correlativo aumento de relaciones "mixtas", no es de extrañar, pues, que en el marco de las ciudades del norte de Italia, donde estos caracteres surgen tempranamente y con gran fuerza, los estudiosos del Derecho comiencen a concretar con nitidez uno de los puntos de partida del nacimiento del Derecho internacional privado: la delimitación de la esfera de eficacia de cada uno de los sistemas coexistentes.

Aplicando los métodos jurídicos inherentes a sus concepciones de base, los juristas de la época atenderían a esta cuestión -primero los glosadores, luego los comentaristas- y de sus reflexiones surgiría, poco a poco, una técnica de solución para los problemas de tráfico externo: aquella que estriba en delimitar el ámbito de eficacia de las normas conectadas a un determinado supuesto. Sin embargo, no hay que olvidar que desde los comienzos del siglo XII, el fenómeno de la "recepción" del Derecho romano, la universalidad del canónico y la existencia de una *lex mercatoria,* eran ya, en sí mismos, elementos técnicos para la regulación de esta tipología de casos.

4. La delimitación del ámbito de aplicación de cada uno de los Derechos particulares. Los inicios de la reflexión científica.

Si admitimos que la "recepción" del Derecho romano, compone la base que dota de un instrumento técnico a la nueva

metodología jurídica, resulta, pues, lógico acercarnos a los glosadores desde la perspectiva que ofrece este hecho. Pues bien, al abordar esta línea de análisis destacan desde el principio dos puntos claves:

Por una parte la rígida correlación entre el *foro* y el *ius* que hemos venido estudiando tardó mucho en superarse. En la época de las glosas era muy difícil admitir el que un Juez pudiese aplicar a la controversia juzgada un Derecho distinto al propio. Se podía entender que se admitiese al extranjero como demandante o demandado, pero siempre aplicando al asunto el Derecho del Magistrado; (lo que evoca el planteamiento de los Derecho antiguos. Piénsese, por ejemplo, en la extensión de determinadas acciones a los peregrinos). Se podía aceptar que existiesen jueces especiales para extranjeros y que se desarrollasen fórmulas especiales para ellos como fue el caso del *praetor peregrinus* y el *ius gentium*. Pero separar Juez y Derecho no era fácilmente asumible.

Por otra parte hay que tener presente que el Derecho Romano carecía total y absolutamente de normas relativas a hipotéticos "*conflictos de leyes*". Simplemente porque eso no entraba en sus concepciones jurídicas. Se podían dar soluciones materiales o admitir al peregrino en el ejercicio de algunas *legis actiones* pero

nada más. Como afirma Lainé *”le Corpus iuris ne contient aucune trace de regles concernat vraiment cet ordre d’idées*”[230].

En pura lógica- y en el contexto de los siglos XII y XIII la “recepción del Derecho Romano” debió haber supuesto, en primer término, un estrechamiento aún, mayor de la correlación entre el Tribunal y el Derecho aplicado, sobre todo si se tiene en cuenta que, como observa el profesor González Campos[231], el período de la glosa coincide con la edad de oro de los estudios procesales en las Universidades y con la aparición del proceso romano en los tribunales[232]; y, en segundo término, una despreocupación por el tratamiento de las cuestiones mixtas, en la medida en la que todo miembro perteneciente a una comunidad integrada en el imperio, por ese mero hecho, debía ser considerado como sujeto del universal Derecho romano en el último tramo de su evolución[233].

Y en alguna medida, así fue; al menos en el plano de las ideas, aunque éste no siempre se correspondiese con el de la realidad. En nuestra opinión, para aprehender el hilo conductor que va configurando el nacimiento del Derecho internacional privado hay que partir de una discordancia entre los planteamientos teóricos de la glosa y los caracteres del momento en el que opera. En lo que respecta a la primera cuestión, el profesor Tomás y Valiente, señala

---

[230] Vid. Lainé *"Introduction au Droit international privé"* Tomo I Paris 1888 (reeditado en Glashütten im Taunus en 1970) pág. 55.-

[231] Vid. González Campos en *ob. cit.* (nota 65) pág. 255.-

[232] Vid. Meijers en *ob. cit.* (nota 184) Tomo III pág. 39.-

[233] Vid. Laurent en *ob. cit.* (nota 46) Tomo I págs. 285-293.-

los siguientes tres rasgos: los glosadores se inscriben en la corriente ideológica del Imperio unitario; creen en la vigencia positiva del Derecho Romano justinianeo y lo consideran la *ratio iuris* inmutable que han de intentar comprender y explicar con el mayor respeto a su esencia y tenor[234]. Fueron políticamente partidarios del Emperador y con Él mantuvieron relaciones de amistad y consejo. Su creencia en la monarquía universal se traducía en la idea de que sólo debía existir un Derecho único y que ese Sistema debería estar integrado por el Derecho Romano. Un Derecho que no era concebido como el Ordenamiento de una época histórica ya pasada, sino un Derecho positivo vigente en el ámbito del Imperio. Los glosadores consideran los textos romanos como algo "casi sagrado". En consecuencia manifiestan un desprecio correlativo por los Derechos particulares –denominados estatutos en Italia o costumbres en Francia- e intentan relegarlos a una condición de mera excepción, con vigencia territorial limitada, o incluso reducirlos a categoría de meros pactos ciudadanos, cuya eficacia solo alcanzase a las partes contratantes[235].

Como han puesto de relieve algunos autores, la realidad contradecía esta representación idealizada. El panorama de aquel momento ofrecía más similitudes con la Grecia de las ciudades que con la Roma del Imperio. La pretendida vigencia del Derecho universal romano era mucho menor en el mundo de los hechos que

---

[234] Vid. Tomás y Valiente en *ob. cit.* (nota 107) pág. 185.-

[235] Vid. Tomás y Valiente "*Manual de Historia del Derecho español*" Madrid 1981 pág. 185.-

en el de la pura teoría[236] y los estatutos, que eran excepciones en el esquema doctrinal, eran la regla general en la práctica habitual.

Las soluciones que encontramos para los problemas mixtos toman cuerpo, al igual que en Grecia y en Roma, mediante una técnica convencional que otorgaba competencia a los tribunales de una ciudad para entender de asuntos en los que litigasen ciudadanos de otra. El Tratado suscrito entre Amalfi y Pisa en el siglo XII suministra un excelente ejemplo que pronto sería seguido por otras ciudades italianas. Pero la apertura se realizaba a partir de formulas arraigadas en la unidad básica *forum-ius.*

Poco a poco el acceso de los "extranjeros" a los tribunales de una comunidad distinta se va abriendo camino. Y es que, en definitiva, el hecho de que un individuo no perteneciese a una unidad político-jurídica concreta, no enervaba por eso su condición última de súbdito del Imperio. Por lo tanto había de entenderse que era justo y necesario otorgarle tutela judicial cuando la precisare. Y esta idea fue calando hondo. Pero despejada esta parte del trayecto surge un obstáculo que hay que salvar; hay que encontrar el modo de que el juzgador pueda aplicar a la parte foránea un derecho (el del magistrado) que no es el propio del extranjero litigante. En consecuencia, el primer problema de Derecho internacional privado, *propio sensu,* se esbozaría desde una perspectiva conjunta que englobase la hipótesis judicial con la posibilidad de aplicar al extranjero las normas de aquel foro. La pregunta de sí un no

---

[236] Vid. Laurent en *ob. cit.* (nota 46) pág. 291.-

ciudadano puede ser demandante o demandado en los tribunales de una determinada ciudad, se mezcla con la cuestión de si el Derecho particular de esa ciudad puede serle aplicado. En caso afirmativo no habría obstáculos para su acceso. Pero cuando se entienda que no puede aplicársele ese Derecho particular, entonces debe denegársele el acceso. Las reglas de competencia se confunden con las de la ley aplicable hasta fundirse ambas en una sola. En el lenguaje técnico actual diríamos que se trata de un método estrictamente unitario en el que la disociación entre *forum* y *ius* no cabe. En definitiva, todo este panorama recrea las ideas básicas de la concepción personal-grupal que hemos tenido ocasión de ver al describir la mecánica de funcionamiento de los Derechos antiguos.

Así pues, la preocupación inicial del movimiento estatutario se concretó en la búsqueda de una fundamentación que permitiese aplicar los estatutos de una ciudad a supuestos que se situaban más allá de los límites primarios con los que se había delimitado su ámbito de eficacia. La fórmula para resolver la incógnita debía encontrarse en el Derecho Romano y curiosamente se busca en un texto del *Corpus Iuris Civilis*: la *Lex cunctos populos* (C. 1.1.1) que empezaba con la advocación "*Cunctos populos quos clementiae nostrae regit imperium...*" Sobre esta base se asienta la reflexión de Carolus de Tocco y Accursio. Se trataba de concretar el contenido conceptual de la noción "*subditos imperio suo*" a la que alude el pronombre "*quos*" del texto glosado. El proceso intelectual desarrollado es fácilmente inteligible. La Ley *Cunctos populos* se refería a una cuestión capital para la época. El

Emperador manifestaba a sus súbditos su deseo de que todos ellos (*quos*) profesasen la religión predicada por los apóstoles Pedro y Pablo. Pues bien, si en una cuestión de tan suma importancia, el Emperador sólo podía dirigirse a sus súbditos, había de entenderse que las leyes sólo vinculaban a quienes se encontrasen sometidos al Poder que las dictare. Como conclusión del análisis Carolus de Tocco extrae una regla de base: *statuta non ligat nisi subditos*.

Pues bien, si se aceptaba en toda su amplitud el axioma deducido, el corolario no podía ser más drástico: los supuestos que se suscitasen entre partes sometidas a los estatutos de ciudades diferentes carecerían de solución jurídica[237]. Por eso las glosas a la *Cunctos populos* no se detuvieron ahí. Se aceptó la verdad inicial de esta premisa, pero se trató de ir más allá para ensanchar el concepto que podía adscribirse al pronombre *quos*.

El hecho de que un demandante "extranjero" se sometiese a la jurisdicción y a las leyes de la comunidad del demandado podía interpretarse como la manifestación formal de una voluntad encaminada a convertirse en súbdito de las leyes de esa ciudad a los efectos de ese concreto juicio. Si se aceptaba la contingencia de que un "extranjero" pudiera hacerse súbdito de una ley distinta de la suya, a través de un comportamiento voluntario o involuntario, entonces no podía negarse que entraba a formar parte del colectivo al que se refería el pronombre "*quos*". De este modo se despejó un

[237] La glosa de Accursio establece que "*Si Bononiensis conveniatur Mutinae, non debet judicare secundum statuta Mutinae, quibus non subest cum dicta: quos nostrae clementiae...*" Vid. González Campos *ob. cit.* (nota 4) Volúmen IV págs. 256-257.-

camino hacia soluciones razonables. Al principio la apertura fue muy angosta, pero poco a poco fue ensanchándose.

Para entender la evolución del proceso es necesario dejar sentadas unas premisas fundamentales de forma muy clara[238]:

Primera; en este momento no preocupa tanto la condición "extranjera" del sujeto como el ámbito de eficacia de las normas. El problema radica en saber si se pueden aplicar determinadas disposiciones a una persona a la que no se dirigen. Si las normas de Bolonia no incluyen en su esfera de aplicación a los ciudadanos de Módena, difícilmente puede enjuiciarse con base en los estatutos de Bolonia ningún comportamiento de un ciudadano de Módena.

Segundo; ello obstante (*statuta non ligat nisi subditos*), puede considerarse que un ciudadano de Módena puede hacerse súbdito de las normas de Bolonia en determinadas condiciones y con carácter excepcional.

Tercero; el *ius commune* constituye un Derecho de alcance universal en el que se contienen todas las reglas hermenéuticas que pueda necesitar un jurista para resolver sus dudas. En consecuencia, habrá que acudir a él de forma casuística para determinar, a su luz, en qué circunstancias y en qué tipo de relaciones puede considerarse que el ciudadano de Módena es

---

[238] Sobre estos aspectos véase Gutzwiller "Le developpement historique du Droit international privé" en *R.C.A.D.I.* 1929/ IV en especial págs. 312 y ss. y el curso de De Nova « Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws » *R.C.A.D.I.* 1966/II.-

súbdito de Bolonia a efectos de la aplicación de determinados estatutos boloñeses.

Veámoslo a través de un ejemplo concreto. En las concepciones jurídicas de la época el contrato requería de la cobertura de una ley para obtener su fuerza obligacional. Sin este amparo legal, lo acordado por las partes no transcendía de un mero pacto y, según el aforismo "*nudum pactum obligationem non parit*" constituía una mera relación de hecho no reclamable en Derecho. En estas coordenadas era lógico entender, -con apoyo en el *ius commune*-, que cuando un ciudadano de Módena iba a contratar a Bolonia se ponía bajo la cobertura de los estatutos de Bolonia para poder transformar su pacto en contrato. Por consiguiente se hacía *subditus ratione contractus* del Derecho de aquella ciudad y sus jueces podían entender de las causas que se suscitasen en su base.

Pues bien, este tipo de razonamiento era el que se aplicaba a todas y cada una de las relaciones de Derecho. Se buscaba (principalmente en el *Corpus Iuris*) unas bases de razonabilidad que permitiesen deducir la vocación de aplicación de los preceptos contenidos en los Derechos particulares. Se investigaba su ámbito de aplicación y se argumentaban, con base en el *ius commune*, los fundamento que permitían incluir en su esfera de eficacia los supuestos de "tráfico externo"[239].

A partir de aquí y a medida que prende con más fuerza el Derecho romano, los glosadores van a ir afrontando los problemas

---

[239] Sobre este aspecto Vid. Espinar Vicente en *ob. cit.* (nota 239) págs. 25 y ss.-

de delimitación desde tres perspectivas[240], todas ellas caracterizadas, a nuestro parecer, por una clara prevención hacia los Derechos particulares:

Una absolutamente estricta caracterizada por la máxima *“statu non ligat nisi subditos*” que fue admitiendo excepciones que evocan la técnica “*civitas romana peregrino fingitur*”; aunque se diferencia de ella en que no se trata de establecer ficciones sino de determinar los casos en los que realmente puede considerarse como súbdito de los estatutos de una ciudad a una persona foránea.

Otra intermedia construida en atención al resultado de justicia. Así la glosa de Aldricus, para quien, ante la duda del estatuto aplicable, responde: “*...eam quae potior et utilior videtur. Debet enim judicari secundum quod melius ei visum fuerit”*, inspirándose tal vez, en el criterio romano de abrir al peregrino el acceso a determinadas instituciones del *ius civile* cuando resultase “justo y conveniente”, en los supuestos de extensión de una *legis actio.* No obstante es de señalar que esta glosa ha recibido multiplicidad de interpretaciones que difieren notablemente unas de otras[241].

La más abierta marca el fin de la glosa y el comienzo de la época de los comentaristas. Consiste en separar conceptual y prácticamente el *forum* del *ius,* a través de la distinción entre la *litis ordinatio* y la *litis decisio*; los que nos sitúa a las puertas de una

[240] Vid. Aguilar Navarro en *ob. cit*. (nota 1) págs. 188- 189.-

[241] Vid. Aguilar Navarro en *ob. cit*. (nota 1) pág. 90.-

transición que, con el nacimiento del *mos italicus*, tendrá una decisiva transcendencia para el proceso de formación del Derecho internacional privado.

III. LA ELABORACION DE UNA PREMISA BÁSICA: EL DERECHO APLICABLE A LA CUESTIÓN LITIGIOSA NO TIENEN POR QUÉ SER LA LEY DEL TRIBUNAL QUE LA JUZGA.

1. Los antecedentes necesarios.

Aldricus había planteado entre los años 1170 y 1200 la pregunta clave que origina toda la reflexión posterior; ¿Con base en que normas ha de resolver el juez que conozca de un litigio que opone a dos personas sometidas a estatutos distintas? Y avanzaba ya una respuesta: *"Debet enim judicare secundum quod melius et visum fuerit"* [242]. Accursio hacia el año 1245 había sentado en su Glosa ordinaria el principio de "*statuta non ligat nisi subditos*" y con él había abierto un camino nuevo; el de buscar en los textos romanos los fundamentos que permitieran considerar como "súbditos" de los estatutos de una determinada ciudad a personas foráneas[243]. Finalmente, Balduinus y Odofredus establecieron la diferencia entre los estatutos que regían el proceso y los que regían el fondo de la situación litigiosa; y aunque esta distinción tardaría al menos un siglo en traducirse a la práctica forense, estableció la plataforma racional en cuya base fue posible romper el círculo vicioso anterior en el que tribunal competente y derecho aplicable se fundían en una única y necesaria regla.

---

[242] Vid. Aguilar Navarro en *ob. cit.* (nota 1) pág. 190, donde recoge las opiniones doctrinales sobre esta glosa.-

[243] Vid. González Campos en *ob. cit.* (nota 65) pág. 256-257 y bibliografía allí citada.-

El *mos italicus*, iniciado por Revigny y Belleperche[244] encontró en Bártolo de Saxoferrato (siglo XIV) su máximo exponente y el fundador de una potente escuela[245]. Bártolo libera la metodología anterior de su rígido ajuste al tenor estricto del Derecho Romano. Utiliza los textos del *ius civile* como un instrumento flexible y adaptable a las situaciones de la práctica. A partir de aquí los textos del *ius civile* serán un utensilio flexible capaz de aplicarse a las situaciones reales. De esta forma se integra plenamente el Derecho Romano, como fuente de inspiración y Derecho supletorio, en el marco de los Derechos particulares[246].

Bártolo, abordaría su análisis analizando las dos vertientes de un mismo problema: el consistente en saber cuando se podían aplicar los estatutos del foro a un extranjero y el destinado a determinar cuando se podían aplicar estatutos extranjeros en el foro; o, dicho de otro modo, en qué casos los jueces deberían de aplicar los estatutos de la ciudad a los extranjeros y en qué casos deberían de aplicar estatutos extranjeros en los juicios celebrados en la ciudad. Para ello operó sobre la base de un esquema. Catalogaba los distintos institutos jurídicos, (contratos, testamentos, delitos y otras seis rubricas) y establecía subdivisiones sucesivas en

[244] Revigny, fue obispo de Verdún y Belleperche, además de ser obispo de Auxerre, fue profesor en Toulouse y Orleáns, desempeñando otros puestos relevantes. Nótese que los iniciadores del llamado *mos italicus*, fueron de origen francés.-

[245] Vid. Tomás y Valiente *ob. cit.* en (nota 235) pág. 188 y ss.-

[246] Téngase en cuenta que lo comentaristas no sólo enseñaban Derecho sino que actuaban profesionalmente, lo que ceñía mucho más su discursos a las necesidades reales.-

cada apartado[247]. Una vez estructurado este repertorio -y siempre con la ayuda del *Corpus Iuris*- determinaba cual era la esfera de eficacia que correspondía a cada uno de estos institutos atendiendo a su naturaleza jurídica[248]. Bártolo llevaría, pues, su planteamiento a las puertas de la distinción entre los estatutos personales y los territoriales, pero como observa Lainé no llegó a plantearla formalmente[249].

Así pues, inspirado en un gran sentido práctico, procedió a la realización de análisis casuísticos de cada cuestión jurídica concreta para determinar cuando era apropiado y cuando no la aplicación del derecho propio y cuando procedía o no la del derecho extranjero. Este punto de partida empezaba ya a configurarse como una duda entre derechos aplicables a las cuestiones mixtas. Nos sitúa de esta forma en los umbrales de una nueva época. Pero aún no existe conciencia de la necesidad de establecer una rama del Derecho destinada a regular estas cuestiones. Por el contrario, Bártolo entendía que no había ninguna necesidad de articular prescripciones especiales para regular los conflictos de leyes. Las soluciones se encontraban en el propio texto de las normas. Solo era preciso analizarlas para saber a que casos se aplicaban y a cuales no; todo el problema radicaba en

---

[247] Vid. Lainé en *ob. cit.* (nota 3) pág. 134.-

[248] Vid. Laine en *ob. cit.* (nota 3) pág. 134: *"…sur chaque point la solution la mieux appropriée à la nature du rapport de droit…"* Vid. Pillet "Théorie continentale des Conflits de lois" en *R.C.A.D.I.* 1924/I pág. 452.-

[249] Vid. Lainé en *ob. cit.* (nota 3) págs. 132 y ss. Lainé mantiene la tesis de que las referencias de Bártolo a estas clases de estatutos es puramente incidental.-

saber determinar con precisión la esfera de eficacia de cada estatuto en concreto[250]. La escuela creada por Bártolo representó un eslabón esencial en la historia del Derecho internacional privado.

A partir de esta aportación y de su posterior desarrollo y perfeccionamiento en la labor de los comentaristas (muy en especial en la obra de Baldo), podemos considerar con Pillet[251] que se abre un nuevo período. Las corrientes estatutarias que se desarrollarían entre los siglos XV Y XVIII iniciaron una clasificación de las normas basada en las particularidades observadas en su esfera de aplicación. Las construcciones basadas en la obra de Bártolo y Baldo buscarían, en la naturaleza de cada estatuto, los índices que les permitiesen determinar su ámbito de eficacia primario. Se consolidó, pues, el esquema gestado en las etapas anteriores y se concluye en que hay leyes que rigen en el territorio y se aplican a todos los que en él habitan; que hay normas que siguen a las personas y que deben ser respetadas en todos los lugares donde éstas se encuentren e, inevitablemente, en que hay normas que participan de los dos caracteres. Surge así un estatuto real, un estatuto mixto y un estatuto personal; unos estatutos favorables y otros odiosos cuyos contenidos son muy variados y su determinación muy imprecisa. Pero es que, abierta la posibilidad de que un juez pueda fallar con base en un Derecho distinto al propio, surge inmediatamente la duda de cuales son los casos en los que esto pueda ocurrir y es a esta cuestión a la que va a intentar

[250] Vid. Beale "*Bartolus on the Conflict of Laws*" Cambridge Mass. 1914 *passim*.-

[251] Vid. Pillet en *ob. cit*. (nota 248) pág. 452.-

responder la estatutaria durante casi cinco siglos ordenando los distintos estatutos en clasificaciones basadas en sus coordenadas de eficacia personal y territorial. Se trataba de elaborar respuestas claras y precisas con las que orientar a los juristas.

En la época considerada, al buscar las bases de estas soluciones, se recurrió como es lógico a la inspiración que ofrecía el Derecho Romano; después los fundamentos de inspiración cambiaron. La nueva forma de concebir la soberanía y la independencia real entre las unidades de la cristiandad transformarían los esquemas de reflexión. El Derecho y la razón natural irían desplazando a otros parámetros referenciales y suministrando nuevos puntales. Sin embargo los cimientos se habían consolidado y el extraordinario edificio de la estatutaria seguiría desplegándose a lo largo de un periodo que cubre el más largo periodo de la historia doctrinal de esta disciplina.

2. La síntesis de la construcción y el tránsito a otra época.

Los elementos de estas construcciones iniciales que han dejado una mayor huella a lo largo del desarrollo doctrinal del Derecho internacional privado son los que a continuación vamos a repasar:

*La concepción estatutaria del derecho internacional privado, operaba sobre una apreciación del “tráfico externo” vinculada exclusivamente a la extranjería” de uno de los elementos subjetivos del supuesto. El problema se proyectaba con base en una alteración especial de la territorialidad del estatuto, bien por

la presencia de un extranjero en la comunidad, o bien por la actividad extracomunitaria del súbdito[252].

*El método de solución, una vez consolidado, parte de una preocupación centrada en el análisis de las normas. Como ha sintetizado Gutzwiller, tras la obra de Bártolo los comentaristas "*Contemplan las dificultades del conflicto de las leyes bajo un solo punto de vista: para ellos el problema radica en la regla del derecho. Es la ley por si misma, el resultado del proceso legislativo, lo que hay que consultar. No se necesitan prescripciones especiales que regulen el conflicto de las leyes, se pueden encontrar en el texto de los estatutos; están allí solo hace falta descubrirlas*" [253].

*Para facilitar esta labor de delimitación, uno de los hitos esenciales se sitúa en el momento de la clasificación básica de los estatutos en reales y personales; y en segundo término, en formales, mixtos, favorables u odiosos. A partir del instante en el que esta división transciende a la práctica real, las nociones de personalidad y territorialidad del Derecho cobran la dimensión que las hace operativas a nivel del Derecho internacional privado.

---

[252] Esta es la sistemática general que emplease Bártolo de Saxaferrato para realizar su glosa a la *Cunctos populus*. Vid. Gutzwiller *loc. cit.* (nota 252) págs. 317-318.-

[253] Vid. Gutzwiller en *ob. cit.* (nota 252) pág. 312 : « *íls envisagent les diffícultés du contlit des lois sous un seul point de vue: pour eux tout le prob1eme repose dans la règle de Droit. C'est la loi par elle-même, le résultat du processus législatif qu'il faut consulter. Sans avoir besoin de prescriptions spéciales réglant le conflit des lois, on les trouve contenues dans le texte des statuts ; elles sont là n'aura qu'à les découvrir.* ».-

*La cobertura de la *Comunitas comunitatum* cristiana y la integración del *ius commune*, constituyen los fundamentos lógico-jurídicos que otorgan un soporte racional a la aplicación de una ley diferente a la del foro. La *lex aliena* no es totalmente extraña al sistema del foro por cuanto tanto ella con la *lex fori* se enmarcan juntas en el sistema general que diseñan, a nivel político, el imperio; y, a nivel jurídico, el *ius commune*.

A partir de los siglos XV y XVI se produce un cierto rechazo al estilo literario y jurídico de los comentaristas y comenzaría a despuntar una nueva corriente de carácter mucho más teórico y profesoral que el *mos italicus*. La labor de estos juristas dejó de ser apreciada pero siguieron ejerciendo una fuerte influencia. Junto a la impugnación convivía el reconocimiento de la obra, sobre todo en la práctica jurídica. Así por ejemplo, en los umbrales del siglo XVI, la Ordenanza de Madrid de 1499 daría, en palabras de Minguijon[254], autoridad de Ley a las opiniones de los jurisconsultos Bártolo de Saxoferrato y Baldo de Ubaldi. Pero también es cierto que las Leyes de Toro privaron en 1505 de cualquier valor a las opiniones de estos autores[255]. De lo que no cabe duda es de que su herencia estaba allí y que el *mos gallicus*, por mucho que algunos de sus representantes criticasen la labor de los comentaristas, fue en gran medida tributario de ellos.

---

[254] Vid. Minguijón "*Historia del Derecho español*" Volúmen II Barcelona 1927 pág. 121. En la misma línea Pérez Prendes *ob. cit.* (nota 193) págs. 517-518.-

[255] Vid. Escudero "*Curso de Historia del Derecho*" Madrid 2003 pág. 417.-

Y, desde luego fue criticada. Petrarca y Bocaccio, coetáneos de Bártolo, ya habían desacreditado el *mos italicus* por su despego de la historia clásica, por su pésimo estilo literario y por su ensimismamiento jurídico. D'Argentré escribiría refiriéndose a Bártolo que *«...des enfants devraient avoir honte de croire ce que cet Illustre docteur enseignait de la distinction des statuts personnels et des statuts réels ».* Rabelais, al referirse a la *Glossa Magna* de Accursio opinaba que « *(elle) est tant sale, tant infâme et punaise, que ce n'est qu'ordure et vilenie*» [256] y Alciato denunciaría el divorcio entre el jurista y el humanista en el año 1513, diciendo que "presentía" que podía conjugarse el conocimiento de las leyes y el de las humanidades.

Poco a poco el *mos italicus* declina y va siendo sustituido gradualmente por la nueva técnica de análisis que supone el *mos gallicus* (llamado así por su origen francés pero sobre todo para distinguirlo del *mos italicus*). El nuevo método supone un procedimiento de estudio más selecto de los textos y su interpretación se ciñe más a los datos que se desprenden de una reflexión sobre el contexto histórico en el que surgió, operó y se recopiló el *Corpus iuris.* Sobre esta base el acercamiento se realiza de una forma más técnica y ajustada al tenor del Derecho justinianeo evitando la glosa de la glosa y desvinculando al jurista de la proyección práctica de la que habían tal vez abusado los comentaristas del *mos italicus.*

---

[256] Vid. D' Argentré *"Sur la coutume de Bretagne"* Art. 218, glosa 6, número 5. pág. 679. Vid. Laurent en *ob. cit.* (nota 46) págs. 273-274.

Esta nueva metodología, cada vez más influida por las coordenadas del humanismo renacentista, irá dejando de utilizar al Derecho romano como expresión máxima de la *ratio scripta* y, sin renunciar a su herencia objetiva, pasara a transformar el *Corpus iuris* en el término básico de una ecuación que muy simplificadamente respondería a la siguiente construcción lógica: el Derecho debe ser a la realidad de cada momento lo que el Derecho romano fue a la suya.[257]

Junto al nuevo método se hallan las innovaciones políticas a las que hemos hecho mención y que se producen en dos vertientes: De un lado, la dinámica de fortalecimiento de las monarquías y la evolución del concepto de soberanía en torno a ellas; y de otro, la nueva conformación de una sociedad internacional en la que se van yuxtaponiendo las nuevas, unidades independientes. En lo que respecta al primer punto, hay que destacar que esta evolución del concepto soberanía tiene, a su vez, dos efectos simultáneos: uno *ad intra*, de carácter integrador que, en el ámbito jurídico, se traduce en una tendencia -más o menos acusada, en cada caso- a la uniformidad del Derecho de la monarquía, así como en la sistematización de la legislación vigente a través de las obras recopiladoras; y otra *ad extra* que tiende a desintegrar el marco comunitario cristiano y sustituirlo por nuevos principios rectores que permitan la coexistencia de las monarquías, al margen de todo esquema jerárquico.

---

[257] Vid. Tomás y Valiente en *ob. cit.* (nota 235) págs. 304 y ss.-

Además, en este momento de transición al que nos estamos refiriendo, la idea del *ius commune* ha comenzado a ceder su puesto a la idea de un derecho natural de cuño racionalista. Sin abandonar los viejos textos ni las enseñazas del Digesto, se empieza a elaborar un concepto de justicia vinculado a la esencia humana. El fundamento de la unidad jurídica del Imperio va a ser sustituido por una noción de justicia innata a todos los pueblos civilizados que encuentra sus cimientos en la historia, la fe y la razón. El período que cierra este capitulo envuelve toda la dinámica de evolución que marca el paso de la baja edad media a la moderna. Los tres puntos que la caracterizan son los siguientes:

*La aparición de un nuevo modelo de Sociedad internacional caracterizado por la independencia recíproca de sus unidades soberanas.

*El cambio de las concepciones políticas internas y muy en concreto el tránsito de la idea de la Corona a la idea de la Monarquía y sus repercusiones sobre la concepción del estado y del derecho[258].

---

[258] Escriben Espinar Vicente y Contreras Contreras que "*...el monarca respeta la esencia organizativa de la tradición feudal, pero, como pone de relieve Vicens Vives, procura centralizar y uniformar la vida del Estado mediante la institución de órganos de gobierno comunes, la promulgación de leyes generales y el fomento de ideales colectivas*." Vid. *ob. cit.* (nota 195) pág.41.-

*El auge del humanismo jurídico en Europa y la elaboración de bases de carácter natural-racionalista para determinar las relaciones entre los estados y sus gentes[259].

En la historia es difícil precisar con fechas los momentos en los que se producen las transformaciones, delimitándolas con una antes y un después. Durante mucho tiempo la idea imperial se proyectó sobre la sociedad internacional de las monarquías independientes y las viejas técnicas jurídicas convivieron con las nuevas. Durante los siglos XIV a XVI se aprecian elementos de ambos modelos. Sin embargo, si se adoptan las precauciones adecuadas para no inducir a confusión, puede afirmarse que en ese momento se abrió una nueva y definitiva etapa histórica para el Derecho internacional privado que se proyectó hasta el siglo XIX, evolucionando hacia fórmulas más perfectas pero conservando la esencia nuclear elaborad por glosadores y comentaristas.

[259] Sobre los antecedentes desde el siglo XIV de estas construcciones y su elaboración doctrinal posterior, en particular en Vitoria, Suárez y Grocio, Vid. Del Vecchio "*Filosofía del Derecho*" Barcelona 1964. págs. 46-57.-

CAPÍTULO IV

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE LAS MONARQUÍAS INDEPENDIENTES.

I. LA SOCIEDAD INTERNACIONAL EN LA EUROPA DEL RENACIMIENTO.

1. Aproximación a las nuevas concepciones sobre el “Estado” y la “Sociedad Internacional”.

La abdicación de Carlos I, por no poder desarrollar la idea imperial en los términos en los que la concebía, puede resultar un exponente de la pérdida de vitalidad que experimentó la idea unitaria en el siglo XVI y de como se abre, definitivamente, el camino que lleva a la consolidación de una sociedad internacional de monarquías independientes. Los reyes operan sobre las bases territoriales de un poder feudal que, poco a poco, habían rescatado para sí. En consecuencia, su actuación estuvo presidida por una concepción patrimonial de su poder y por el objetivo de reducir a un sólo reino las unidades afectas a su corona. Los nuevos Estados se constituyeron en torno a la figura de un monarca que encarnaba la soberanía de la nación.

La nueva coyuntura económica, la necesidad de reconducir la dispersión de jurisdicciones que se había producido a lo largo de la Edad Medida, la transformación del paradigma filosófico y otros factores de similar naturaleza asentaban de forma natural los cimientos de una nueva “*monarquía jurisdiccional autoritaria*”, independiente de todo poder extranjero y titular único del poder *ad intra*.

La religión católica universal se segmenta a partir de 1520. La reforma protestante significaría la válvula de escape para un movimiento político-cultural largo tiempo larvado que acabaría por dividir a Europa en torno dos modelos muy distintos; y no sólo a nivel religioso, sino en el ámbito de lo político y en la esfera de lo económico. Las iglesias nacionales se sustrajeron de la autoridad del Pontífice y con esta actitud derribaron uno de los principales pilares que soportaban la antigua vertebración. Quedaba aún la inercia del antiguo modelo; humanistas como Erasmo de Rótterdam o Vives lo predicaron y la idea de una *Respublica Cristiana*, construida sobre nuevas bases, captó algunos adeptos que vieron en ella un instrumento de defensa frente a la amenaza otomana. Pero, la imagen había perdido su fuerza y su potencialidad; y, ya desde el inicio, se larvó la lucha por el poder hegemónico entre las grandes potencias del momento, lo que afectaría el equilibrio de la naciente "sociedad internacional" y se traduciría de inmediato en un constante enfrentamiento entre las naciones europeas[260]

Este modelo se fue consolidando lentamente, hasta su estabilización en los tratados de 1.648[261] y fue pergeñando las bases de un esquema internacional articulado en torno a una serie de principios inspiradores: todo Estado es soberano y no depende de ninguna autoridad superior a la suya; por lo tanto cada unidad soberana es independiente de las demás y dentro del ámbito de

---

[260] Vid. Pérez Bustamante "*Historia de la Unión Europea*" Madrid 1997 págs. 20-24.-

[261] Vid. Barcia Trelles "Westfalia, tres siglos después" en *R.E.D.I.* 1948, en especial pág. 325.-

poder del Monarca no pueden darse ingerencias externas; es el "*imperio de por sí*" de cada monarca. Analizando las claves de la teoría política de la época pude adivinarse ya los elementos esenciales de la estructura estatal moderna: territorio, población y estructura de poder. "*El monarca se constituye entonces como la encarnación del poder que rige de modo autoritario los destinos de esa población en un territorio determinado*"[262]. El rey se inviste de autoridad y soberanía y se coloca por encima de cualquier ley. Como pone de relieve Vicens Vives, procura centralizar y uniformar la vida del "Estado" mediante la institución de órganos de gobierno con jurisdicción general y la promulgación de leyes generales de ámbito de aplicación territorial[263].

En el plano jurídico, este nuevo esquema va a plantear enseguida una cuestión que Tomás y Valiente sintetiza en la siguiente pregunta:*"¿Cómo defendió cada reino su propio Derecho frente a un rey que se consideraba absoluto y que por consiguiente tendía, al menos en ocasiones y en materias determinadas, a no respetar los ordenamientos jurídicos de sus distintos reinos?"* [264]. La tensión entre los Derechos particulares y la dinámica unificadora constituyó uno de los polos que cautivaron la atención de los juristas de la época. Construcciones como las de Dumoulin o de

---

[262] Vid. Espinar Vicente y Contreras Contreras en *loc. cit.* (nota 195) pág. 43.

[263] Vid. *ibidem* pág. 41. En el siglo XIII Federico II de Alemania adelantaba este estado de cosas cuando afirmaba que no tenía que "*rendir cuentas más que al juicio de la razón, que es la madre del Derecho*".-

[264] Vid. Tomás y Valiente en *ob. cit.* (nota 235) pág. 264.-

D'Argentre constituyen claves fundamentales para entender la respuesta del Derecho internacional privado al nuevo modelo.

2. Las construcciones de Dumoulin y de D'Argentre. Dos modelos para un cambio.

El mérito de Dumoulin (1500-1566) radica en que, utilizando los métodos clásicos empleados por glosadores y comentaristas, consigue prestar un destacadísimo servicio a los planteamientos jurídicos emergentes y pasaría a la Historia del Derecho como el jurista que sentó las bases que posibilitaron la unificación jurídica francesa. Por el contrario D'Argentré (1519-1590) constituye el reverso de la moneda. Rompe con la tradición y se hace de un bagaje técnico absolutamente innovador; pero dedicaría toda su labor a la defensa de los Derechos particulares frente a la tendencia uniformadora de la monarquía autoritaria.

En términos muy simples podría afirmarse que Dumoulin proyectaba los viejos esquemas metodológicos de la *Respublica Christiana* sobre la monarquía; es decir, propugnaba que los nuevos parámetros sobre los que se apoyaban las nuevas corrientes podían convivir fácilmente con los elementos de la antigua concepción; de este modo se podía reservar al *ius commune* un papel relevante como elemento aglutinador dentro del "Estado", dejándolo actuar como un derecho superior en jerarquía a las costumbres o estatutos locales. D' Argentré, por el contrario, utilizaba las premisas del nuevo espíritu político para defender la independencia jurídica de cada una de las unidades integrantes de la monarquía. Del mismo modo que el Reino es independiente, tanto *ad extra* como *ad intra*,

las distintas costumbres particulares debían considerarse como titulares de una autonomía similar.

Dumoulin constituye el último gran continuador de la obra de Bártolo. Como era habitual en la escuela, presenta su teoría bajo la fórmula clásica de un comentario a la *Lex cunctos populos*[265] y estructura sus soluciones con base en la idea de que es preciso reconocer la existencia de un ordenamiento general de rango superior a cada Derecho particular. Difícilmente el poder del monarca puede resultar efectivo en todo el territorio del Reino si no existe una cobertura legal global que se entronque en la soberanía que encarna el príncipe. Sobre este fundamento lógico, defenderá la idea de que el pluralismo jurídico existente dentro del Reino debe quedar vertebrado del mismo modo que los distintos sistemas particulares se articulaban en la *Respublica Cristiana*. En consecuencia, si se articulasen los distintos sistemas del Reino en torno al *ius commune* romano, se obtendría una cobertura jurídica unitaria susceptible de sustentar un método de solución uniforme para todos los problemas mixtos que pudiesen surgir dentro del Reino.

Su sistema se concreta en un tríptico que no resulta nada fácil de aprehender en todos sus matices: la territorialidad de las normas supondría el principio de base y constituiría la primera regla de su construcción. La segunda vendría dada con base en el carácter extraterritorial que adscribe a las normas que actúan *in personam*;

---

[265] Vid. Gutzwiller en *loc. cit.* (nota 238) pág. 321.-

lo que se fundamentaría en el Derecho común de acuerdo con la metodología clásica de los comentaristas. Por último y como aportación más importante, se halla el reconocimiento del papel jugado por la autonomía de la voluntad. Su toma en consideración permite evitar una concepción mecánica y rígida del principio de la territorialidad de los estatutos y, al desproveerla de esa inflexibilidad, estaría abriendo la puerta a lo que serían las construcciones posteriores del llamado estatuto personal[266].

D'Argentré, por su parte, es un anti-bartolista y, aunque en su razonamiento hay referencias al Derecho romano -y a la *lex cunctos populos* en concreto- prescinde en su análisis de toda cobertura jurídica unitaria que pueda sustentar la aplicación extraterritorial de las normas. Su sistema, como pone de relieve Barile[267], se encuentra influido por la teoría política de la soberanía estatal. No obstante, es preciso señalar que D' Argentré no llega a definir la esfera de validez de los estatutos exclusivamente con base en el ámbito de eficacia del poder que los dicta. Ese sería su planteamiento inicial, la regla general; pero a partir de ella no niega la posibilidad de que un juez aplique la costumbre de otro lugar distinto. Pero para entender bien su razonamiento hay que enmarcarlo dentro del espíritu nacionalista del que se haya profundamente imbuido. No puede perderse de vista que, como

[266] Vid. Laurent en *ob. cit.* (nota 46) págs. 377-379 ; *``Dumoulin novateur. Principe de la volonté humaine. Comment Dumoulin l'entend? En lui donnant toute son extension, on aboutit a la doctrine moderne de la personnalité des statuts´´*.-

[267] Vid. Barile en *ob. cit.* (nota 228) pág. 24.-

pone de relieve Niboyet, “*Loin de chercher à édifier une conception passe-partout (...) D’Argentré écrit pour son pays*”[268]

Para el jurista bretón, la ley está hecha para operar en un determinado contexto social y por eso el juez de cada comunidad debe aplicar su propia ley. Es cierto que como entiende Batiffol, para D’Argentré “*la aplicación por el juez de su propia ley tiene que ser el caso normal y la aplicación de leyes extranjeras la excepción*”[269] y, en este sentido, es verdad que moduló un método similar al que llamaríamos unitario. Sus técnicas perseguían algo muy parecido a lo que hoy entendemos como la aplicación de una “*lex propia in propio foro*”. Lo demás serían excepciones y habría que procurar que las exigencias derivadas de las relaciones mixtas no produjesen alteraciones sustanciales de esta regla sillar. Sin embargo, a nuestro modo de ver su planteamiento fue más abierto. En la misma línea que Bonnichon pensamos que para D’Argentré y su escuela, el principio de la soberanía de los derechos locales no traducía la obligación de ignorar cualquier ley que no fuese la del juez. Lo que significaba de verdad era más bien todo lo contrario, el juez sólo debería aplicar las normas que estuvieran pensadas para regular el objeto del litigio. Así por ejemplo, si las costumbres relativas a los bienes están hechas para el conjunto de bienes que se hallan en ese territorio, la ley que se debe aplicar en un contencioso

---

[268] Vid. Niboyet *"Traité de Droit international privé français"* Volúmen III París 1944 pág. 79.-

[269] Vid. Batiffol/Lagarde *« Droit international privé »* Tomo I Paris 1981 pág. 268 : « *...elle se trouve sans doute dans la notion que l’application par le juge de sa propre loi doit être le cas normal, et l’application des lois étrangères l’exception* ».-

relativo a esos bienes no puede ser otra que la ley del lugar donde estén esos bienes[270]. Pero, obviamente, la norma de competencia judicial iría consustancialmente vinculada a la de conflicto. Cuando se suscitase un pleito en torno a un determinado bien, la ley aplicable se determinaría con base en la reglas *locus rei sitae*, pero sería el juez de ese lugar el que debería aplicarla; aunque, en puridad, su construcción no excluye que puediera ser otro distinto en casos excepcionales.

Para conseguir este objetivo general, parte de la clasificación de los estatutos en reales, personales y mixtos. Da una preponderancia absoluta a los primeros y extiende su régimen tanto a los preceptos encuadrados en el estatuto mixto, como a todos aquellos que suscitasen dudas sobre su adscripción a una u otra categoría. Por razones de justicia y equidad, admite la extraterritorialidad del estatuto personal, entendiéndolo en un sentido muy restringido; es decir, aquellos *cum sílicet principaliter de personarum iure, conditione et qualitate statuitur, abstracta ab omni materia reali.*

Lo que sí es cierto es que, como expresa De Nova[271], resulta muy difícil entender la técnica de D'Argentré vinculada a la idea de unos principios jurídicos superiores a los Derechos particulares. Sólo la idea de justicia y equidad sirven de fundamentación jurídica

---

[270] Vid. Bonnichon ``La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois´´ *Revue Critique* 1949 pág. 625: ``*La conclusion s'impose donc: ce que D'Argentré et ses successeurs entend affirmer, c'este seulement ceci : la loi des choses ne peut être que la loi des choses…´´.-*

[271] Vid. De Nova en *loc. cit.* (nota 238) pág. 448.-

a la extraterritorialidad que se reconoce a ese mínimo nuclear del estatuto personal.

En resumen, su construcción se apoya en tres pilares que nos conviene retener claramente ahora, porque reaparecerán en momentos ulteriores (desde perspectivas distintas, eso sí) pero substancialmente similares:

i. El primero consiste en la afirmación de la autoridad de los Derechos particulares para regular las relaciones a las que atienden;

ii. El segundo estriba en aseverar su total independencia respecto de unas hipotéticas disposiciones jurídicas de rango superior, en cuya base pudiera deducirse a qué casos deben de aplicarse esas normas y a cuales no; y

iii. Finalmente acepta que existen unos motivos de "justicia y equidad" que pueden justificar el juego extraterritorial de los preceptos locales; pero lo admite como una excepción y sólo en aquellos casos en los que la naturaleza de la cuestión a regular hiciese verdaderamente razonable aplicar un derecho foráneo.

Tal vez sea excesivo pretender presentar la obra de D'Argentré como un precedente de las corrientes particularistas; pero sí cabe señalar que resultan notables sus afinidades con otros métodos alejados del universalismo. La validez ecuménica de las soluciones ha sido y es un objetivo constante en la búsqueda de técnicas de regulación del tráfico externo. En el discurso de

Isócrates ya lo pudimos apreciar[272]. La creación de un *ius gentium* se orientaba hacia esa finalidad y la cobertura del *ius commune* permitía aspirar a la deducción lógica de unas reglas idénticas en todos los sistemas. Probablemente sea la obra de D'Argentré la primera que se aleja de estos objetivos[273].

Ahora bien, antes de cerrar estas líneas sobre la estatutaria francesa en el siglo XVI, no quisiéramos dejar de señalar que el interés de su análisis se liga más íntimamente a la historia de los métodos de solución que a la del desarrollo global del Derecho Internacional privado. Y es que la reflexión de estos autores se produce en el contexto de lo que hoy denominaríamos conflictos internos. Los conflictos internacionales constituían una dimensión distinta, cuya regulación estaba presidida por las normas sustantivas que articulaban el Derecho de extranjería. En muchos reinos, este conjunto normativo (inspirado en la herencia del Derecho romano) tradujo una consideración restringida de la capacidad jurídica del extranjero que se proyectaría sobre amplios sectores de las relaciones jurídicas, incidiendo, por tanto, de un modo determinante en su reglamentación[274].

Las razones de este cambio en la consideración del extranjero se encuentran en el cambio de modelo de Sociedad internacional.

---

[272] Vid. Espinar Vicente *loc. cit* (nota 14) pág. 564, donde piensa que el análisis de las distintas leyes a las que se conectaba el asunto Eginético respondía a demostrar la homogeneidad del resultado que se obtendría aunque se sustentara la pretensión ante cualquier otro foro.-

[273] Vid. De Nova en *loc.cit.* (nota 238) pág. 448.-

[274] Vid. Laurent en ob. cit. (nota 46) págs. 361 y ss.-

Desaparecida la cobertura de la *Respublica Cristiana*, los súbditos de los nuevos reinos ya no eran sujetos universales de un imperio que articulaba los derechos particulares con base en el *ius commune*; ahora eran súbditos de sus respectivos monarcas y estaban sometidos a unos sistemas jurídicos absolutamente autónomos en sus relaciones recíprocas. En el Derecho internacional privado de la Sociedad internacional de Estados independientes, la cualidad extranjera del sujeto va a cobrar una importancia capital. Las personas sometidas al poder de otro Soberano resultan literalmente "ajenas" a los ojos de otro Soberano distinto. En principio, carecían de obligaciones hacia ellas. La consecuencia de este planteamiento fue muy importante. A diferencia de lo ocurrido en la época de los maestros de la primera estatutaria, el ámbito de eficacia personal o territorial de las normas locales, deducido hasta entonces con base en una cobertura jurídica unitaria admitida, cedía paso ahora a otra inquietud distinta: la cualidad foránea del sujeto constituía un punto de partida fundamental; lo primero que había que determinar era cuales eran los derechos de los que podía gozar el extranjero. Después habría que dar un paso más para ver como influía la "extranjería" del sujeto en la regulación jurídica de las situaciones y relaciones que pudiera protagonizar.

II. LA CONSTRUCCION DOCTRINAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SIGLOS XVII. DE WESTFALIA A UTRECHT.

1. La Sociedad Internacional del siglo XVII. El modelo de Westfalia.

Resulta difícil -y normalmente peligrosa- la técnica de establecer delimitaciones históricas sobre la base de fechas o acontecimientos concretos, por relevantes que puedan parecer a efectos de marcar hitos en una línea evolutiva. Sin embargo, la sistematización de un trabajo de esta naturaleza requiere acotar periodos. Cuando se pretende poner en relación la conformación de la Sociedad Internacional y del Estado, la evolución en la teoría jurídica y el desarrollo del Derecho internacional privado, aunque sea con muchas precauciones, es necesario recurrir a esta técnica. Sin embargo, como enseguida veremos, la pervivencia tenaz de los antiguos modelos y la lenta consolidación de los nuevos genera, a veces, obstáculos difícilmente salvables. Teniendo muy presente esta premisa y alertando de los riesgos que entraña, hemos optado por establecer dos hitos para este periodo: el que significó el modelo conseguido en torno a la paz de Westfalia y el que se consolida tras los tratados de Utrecht.

La primera etapa considerada, se situaría pues, a título meramente orientativo, entre la época inmediatamente anterior a 1.648[275], y terminaría en torno al año 1.721. Entre los elementos

[275] De 1.648 a 1.660 se ratificaron los tratados de paz de los Pirineos, entre Francia y España, lo que produjo un cambio en la historia europea ya que la superioridad cultural y política de España en el continente fue sustituida por el predominio de los gustos y la cultura francesa. Posteriormente la paz de Oliva en 1.660 entre Polonia y Suecia otorgó

que la caracterizan destacaremos los siguientes: En primer lugar, constituye un período en el que la sociedad internacional de las monarquías independientes recibe su plena consagración. En segundo lugar, se está reafirmando la idea política del equilibrio como un principio capaz de estructurar el nuevo marco de las relaciones internacionales. En tercer lugar se intenta impedir que las tendencias hegemónicas generen un perpetuo estado de guerra, ofreciendo una alternativa sustitutoria del viejo esquema jerarquizado de la *comunitas comunitatum christiana*[276]; y, finalmente, se reactiva el íntercurso económico en toda Europa, multiplicándose las instituciones más representativas del capitalismo comercial [277] y desarrollándose a nivel teórico las doctrinas mercantilistas.

Correlativamente, en el plano jurídico se produjeron una serie de fenómenos que afectaron la evolución del Derecho internacional privado. A nuestro juicio, destacaría la siguiente trilogía:

*En primer término, la idea del *ius commune* romano cede su puesto a un Derecho natural de cuño racionalista, en el que lo

---

a esta última la hegemonía en el Báltico; el espíritu de Westfalia había dado una estructura nueva a las relaciones internacionales europeas y, al mismo tiempo, estableció las hegemonías de Francia y Suecia en Europa.

[276] Vid. Nussbaum "*Historia del Derecho internacional*" Madrid s.f. (traducción de la de Nueva York de 1947) págs. 91 y ss.; Herrero Rubio *"Historia del Derecho de Gentes"* Valladolid 1967 págs. 111 y ss.-

[277] Piénsese, por ejemplo, en la creación de la Compañía holandesa de las Indias orientales (1.602) o en la fundación del Banco de Inglaterra (1694).-

justo sería, en palabras de Suárez (1.548-1.617)[278] "*quod est rectum secundum naturalem rationem, quod nunquam deficit, si ratio non errat*". Estos planteamientos se traducirían en una reflexión jurídica mucho más racionalista; y así, Saavedra Fajardo llegaría a formular expresamente el deseo de que fuese "*Ley viva la razón natural*" en lugar de ampararse en el Derecho Romano y en las construcciones doctrinales. Se empieza a recelar de las ventajas de considerar al Derecho Romano como fuente y a defender la tesis de que solo tienen vigencia las leyes reales. Hacia 1.640 Saavedra advierte que "*la multiplicidad de leyes es muy dañosa a las repúblicas*" y propone como solución que algún rey se desentienda definitivamente del Derecho Romano y ordene la aplicación exclusiva de las leyes patrias[279].

*En segundo término, puede detectarse en los autores de la época una asimilación, cada vez más íntima, entre lo que constituye el ámbito de eficacia de las normas jurídicas y lo que son los límites jurisdiccionales de su autoridad portadora. Resulta significativo el hecho de que la utilización del término "*conflicto de leyes*" fuese utilizada, por primera vez, por los escritores holandeses[280] contemporáneos de la Paz de Westfalia

---

[278] Para las construcción de Suárez Vid. Aguilar Navarro "Francisco Suárez y el Derecho internacional privado" *R.E.D.I.* 1948 págs. 385 y ss.; y Barcia Trelles "Francisco Suárez (l548-1617)" *R.C.A.D.I.* 1933/I pág. 543 y ss.-

[279] Vid. Tomás y Valiente en *ob. cit.* (nota 235). pág. 318.-

[280] Vid. Barile en *loc. cit.* (nota 228) pág. 24.-

*Por último quisiéramos destacar el cambio de actitud global que se produce en esa época respecto de la figura del extranjero, a la que no sólo se respetaría más, sino a la que incluso se llega a privilegiar en ciertos aspectos. A título de ejemplo, puede señalarse la aparición en España, en torno a 1.645, de la figura del *juez conservador de extranjeros*, que tiene sus antecedentes -como señala Pecourt- en los privilegios concedidos a los ciudadanos de la Hansa Teutónica que *"por razón del comercio, fueren o vinieren al Reino, o se detuvieren o habitaren en él"* [281].

Estos tres factores determinan un giro hacia un Derecho internacional privado elaborado desde un prisma más racionalista, más internacional, vinculado al respeto por la soberanía de los Estados y orientado a proteger unos intercambios comerciales que resultaban beneficiosos a los intereses de las distintas monarquías. En resumen, la finalidad, la base y el método se aproximan cada vez más a los planteamientos actuales. Sin embargo, aunque es cierto que en cada uno de estos períodos destacan con mayor fuerza los hitos que jalonan la línea evolutiva, no es menos cierto que su análisis debe realizarse tomando en consideración los elementos que perduran de las fases anteriores, en orden a obtener una visión equilibrada del auténtico significado de la época, en el contexto del proceso histórico global. En este sentido, es de destacar que el siglo XVII no ofrece ningún corte espectacular en el proceso de

---

[281] Vid. Pecourt García "Una institución singular en la historia del Derecho internacional privado español: el Fuero de extranjería" en *Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al profesor L. Sela Sempil.* Oviedo 1970 págs. 883 y ss.-

formación del Derecho internacional privado. Lo que si puede apreciarse es una cierta escisión en la línea evolutiva.

2. El inicio de las modernas corrientes estatutarias.

La estatutaria del siglo XVII, que incorporaría grandes aportaciones a la construcción doctrinal de esta disciplina, se nutrió en tres fuentes principales; la obra de Dumoulin, continuada por Mevius o Lauterbach principalmente[282]; la de D'Argentré seguida por autores como Rodemburg, Voët, Cocceji, Hertius o Huber, quienes, bebiendo en sus fuentes, progresarían por otros caminos para ofrecernos un legado indudablemente innovador; y la de Francisco Suárez que tendría una gran influencia en la construcción de este último. No debe perderse de vista que Suárez elaboró una teoría en la que pueden intuirse ya los tres principios de Huber. Aquellos que constituyeron los axiomas esenciales en los que se fundamentaron las ulteriores construcciones del Derecho Internacional privado[283]

Al finalizar nuestra síntesis sobre la construcción de D'Argentré señalábamos que su obra poseía un peso específico determinante en la historia doctrinal del Derecho internacional privado a causa de tres de los elementos que caracterizaron su obra: el retorno a la territorialidad más pura, la defensa de la autoridad e independencia de los derechos particulares y la ausencia de una auténtica fundamentación en la que apoyar la aplicación por el

---

[282] Vid. Lainé en *ob. cit.* (nota 3) págs. 410 y ss. -

[283] Vid. Laine *ob. cit* (nota 3) págs. 107-108.-

juzgador de una ley distinta a la del foro. Por esa razón, el grueso de la estatutaria holandesa, que sería la que se hiciese cargo directo de su herencia, se esforzaría, como veremos, en desarrollar las dos primeras premisas y en dotar de una fundamentación jurídica al método construido por el jurista francés. La progresión en esta línea supondría un salto cualitativo muy importante, al menos a nivel teórico, que permitiría sentar las bases para que en un futuro se resolviesen los conflictos de leyes a partir de metodologías de las que, aún hoy, somos tributarios.

Sin embargo, como venimos advirtiendo de consuno, la pervivencia de la línea clásica fue muy importante en este capítulo de la historia. Quienes la cultivaron tuvieron mayor audiencia y no sólo porque lo nuevo tarda más en ser aceptado, sino por otra serie de razones que es muy importante tener presentes:

i. Los planteamientos que denominaremos "conservadores" incidieron de un modo mucho más operativo sobre las soluciones prácticas de la época que las propuestas realizadas por los juristas que calificaríamos de "más innovadores".

ii. Las tesis mantenidas por los pensadores del primer grupo enlazaron más directamente con las defendidas por los autores continentales del siglo XVIII que las iniciativas más novedosas de algunos autores holandeses.

iii. Y, además, porque la propia doctrina reformadora se mantendría aferrada a los planteamientos heredados del pasado, aunque sólo fuese a niveles formales. Por ejemplo Voët siguió

partiendo de la clásica tripartición de los estatutos en personales reales y mixtos, cuando en el marco de sus concepciones tal clasificación carecía ya de toda eficacia operativa.

En consecuencia, sin restar importancia a la consolidación y progresiva racionalización de los planteamientos que pudiésemos denominar "clásicos"; y en la medida en la que ya hemos tenido ocasión de ver su esquema general de funcionamiento, vamos a centrar nuestra atención exclusivamente en aquellos puntos que representan un avance doctrinal y que, desde nuestra particular perspectiva, serían los siguientes:

*Respecto de la estatutaria francesa del siglo XVI, se amplió drásticamente el círculo de la reflexión al incluirse expresamente en el análisis a los auténticos "conflictos de leyes"; es decir, tanto a los "internos" o "interlocales" (Derechos vertebrados en la soberanía de un monarca único) como a los "internacionales" (Derechos dependientes de autoridades portadoras soberanas distintas). Voët aborda frontalmente la cuestión cuando al definir el concepto de estatutos se refiere indistintamente a la reglamentación realizada por los poderes internos, a las leyes promulgadas por los príncipes y pueblos revestidos de soberanía (entre los que incluye al Derecho Romano y al Canónico) así como a las decisiones dictadas por jueces y magistrados respecto de los particulares (declaraciones de prodigalidad, infamia o emancipación)[284]. En otras palabras se ensancha el ámbito del

[284] Vid. Lainé en *ob. cit.* (nota 3) Volúmen II pág. 100.-

objeto y se incluye en él al análisis del juego de las normas y de las decisiones extranjeras sobre la reglamentación de los supuestos de "tráfico externo".

*Este salto cualitativo, -aunque en realidad sólo fuese formal- tuvo que implicar necesariamente un enfoque más particularista del problema. Al incluir en la reflexión a los conflictos de leyes que podían suscitarse entre los Derechos de "Estados" distintos, se traía a colación necesariamente los límites del poder de los príncipes con jurisdicción para dictarlos. En consecuencia, la colisión auténticamente internacional entre sistemas distintos suscitaba dos problemas correlativos: hasta que punto es posible excluir la aplicación de la ley del Soberano en su propio ámbito de poder y sobre qué bases se puede justificar el juego de normas que, al salir de la esfera que les confiere su cualidad de Derecho, han perdido su potencialidad reguladora. En este contexto, las nociones de soberanía y territorialidad cobran un nuevo sentido. Los tres principios básicos que aporta Huber ponen claramente de relieve esta preocupación. Una aproximación a su formulación lo deja bien claro[285]:

Primero: Las leyes de cada Estado rigen en los límites de su territorio y vinculan a todos sus sujetos, pero fuera de este ámbito carecen de fuerza.

---

[285] Vid. Lainé en *ob. cit.* (nota 3) Volúmen V págs. 107-108.-

Segundo: Se entiende por sujetos de un Estado a todas las personas que se encuentran dentro de su esfera territorial, ya sea de manera estable o temporal.

Tercero: Los Estados, -*de comitate o de humanitate*-, permitirán que las leyes de cada pueblo, tras su aplicación territorial, conserven su efecto en todas partes, a condición de que ni los demás Estados ni sus sujetos se vean afectados en su poder o en sus derechos.

Como observa Meijers con acierto, este planteamiento acusa un enorme parecido con el que mantienen los autores modernos cuando afirman que el Derecho internacional privado es parte del Derecho interno de cada Estado[286].

*La fundamentación de la aplicación del Derecho extranjero, se consolida sobre premisas que se ajustan mucho más a la realidad social, política y jurídica del momento y a los propios caracteres y problemas de las llamadas relaciones mixtas. Dejando de lado la idea de una cobertura jurídico-positiva de carácter unitario, porque realmente no existía ni era fácil inventarla; y no hallando en las fórmulas del Derecho Romano una base sólida en la que apoyar las construcciones teóricas, por cuanto se habían superado ya las antiguas concepciones sobre su validez

[286] Vid. Meijers en *ob. cit.* (nota 184) pág. 667. No obstante, es de señalar que los holandeses nunca llegaron a sustentar esta postura y que, muy por el contrario, las doctrinas del siglo XVII trataron siempre de vincular el problema del conflicto de leyes al Derecho de Gentes.-

universal, cada uno de estos autores buscaría un nuevo punto de partida. Detengámonos un momento para sistematizar las más importantes:

i. Rodenburg, articula su fundamentación desde una perspectiva eminentemente lógica de la que hace derivar un efecto jurídico: como sería absurdo que una persona cambiase de estado y capacidad cada vez que visitase un nuevo país, el efecto extraterritorial del estatuto personal debe ser aceptado en todos 1os sistemas jurídicos.

ii. La escuela holandesa y en especial ambos Voët rechazan la conclusión de Rodenburg aunque aceptan su premisa mayor. Desde luego, no resulta razonable la conclusión a la que lleva un planteamiento territorialista a ultranza. Pero lo que tienen muy claro es que nada obliga a un juez a aplicar un Derecho extranjero y que no existe ningún principio jurídico en el que un legislador pueda basar la pretensión de que las normas que promulga tengan efectos extraterritoriales. Ahora bien, esto no quiere decir que haya que aplicar siempre la *lex fori*. Dentro de las garantías del respeto a los derechos de los ciudadanos y a la soberanía de los Estados y por una necesidad racional, -de carácter fáctico y no jurídico-, *ex humanitate et aequitate* el juez puede y debe dar efecto extraterritorial a un estatuto extranjero.

iii. Cocceji por su parte, centraría su atención en un Derecho de gentes estrechamente vinculado al Derecho natural, para

obtener una sólida sustentación de la aplicación en el foro de normas extranjeras: *Enim divini et gentium iuris est, ut quisque pareat ei, cui subiectus est, eiusque leges in suis actibus observet*[287].

La diferencia práctica entre cada uno de estos planteamientos resulta clara. Para algunos existe un principio jurídico supranacional que fundamenta el efecto extraterritorial de las normas. El Derecho que regula las relaciones entre las distintas naciones -y que se apoya en la razón natural- exige la apertura de los Sistemas a normas y decisiones extranjeras. La posibilidad de aplicar una ley extranjera en el foro se fundamenta en este dato y no requiere de otros apoyos. (Hertius sería un claro exponente de esta línea "universalista"[288]). Quienes no aceptan la existencia de este mandato supranacional, sin negar formalmente el carácter internacional del conflicto de leyes (que ya se pergeña con los trazos de un conflicto de soberanías), rechazan el planteamiento y se orientan hacia una clara tendencia particularista. No ven en el Derecho Internacional general ningún principio de carácter jurídico que obligue a los jueces a aceptar la extraterritorialidad de un estatuto. Lo que si perciben claramente es la *necesitas facti* de su juego extraterritorial. Esta exigencia se enraíza en la existencia real de un interés común de los Estados y, por consiguiente, en la existencia de una suerte de acuerdo tácito entre los pueblos, en cuya

---

[287] Vid. Gutzwiller en *ob. cit.* (nota 238) pág. 324.-

[288] Un análisis sobre estos aspectos puede verse en Meijers *loc. cit.* (nota 184) en especial pág. 667.-

virtud los jueces deberán aplicar preceptos extranjeros en determinadas condiciones. La última *ratio* se halla en la necesidad y en el interés real por satisfacerla que manifiestan las distintas naciones; es la *comitas gentium* que opera como base fáctica. El siguiente paso, el de su concreción jurídica, constituiría un problema particular que debe ser resuelto por la legislación interna de los distintos Estados o mediante los compromisos internacionales que asuman por vía de tratado.

Los últimos puntos a los que aludiremos en este esbozo sobre los avances doctrinales que se lograron en el siglo XVII, se refieren, de un lado, a la aceptación y desarrollo del juego de la autonomía de la voluntad individual. Como se recordará no se trata tanto de una innovación como de una consagración de un principio que ya se había apuntado. De de otro lado, es preciso referirse a los otros dos corolarios que resultan consustanciales a la construcción de Huber: el de la validez universal de los *derechos adquiridos* legítimamente en virtud de ley competente; es decir, el de la necesidad de dar validez en el foro a las situaciones o relaciones jurídicas establecidas sobre la base de una ley con competencia para hacerlo; y el de la consagración de la noción de *orden público* internacional como principio clave del Derecho internacional privado. Este instrumento se traduce en la articulación de una serie de válvulas de seguridad destinadas a proteger los principios básicos del Sistema jurídico del foro frente a la aceptación de los "derechos legítimamente adquiridos" al amparo de otros Ordenamientos distintos. Como ya expusimos, el juego de

cualquier ley extranjera se subordina en Huber a la condición de que "*ni los demás Estados ni sus sujetos se vean afectados en su poder o en sus derechos*" por el hecho de su toma en consideración.

Ninguno de esos extremos era nuevo en realidad; pero Huber, como antes hiciese Bártolo y luego Savigny, tuvo el mérito particular de haber sabido tomar los elementos que ya estaban allí para depurarlos y darles una formulación clara.

III. AVANCES Y CATALOGACIÓN DE FÓRMULAS EN EL SIGLO XVIII. DEL TRATADO DE UTRECHT HASTA LOS UMBRALES DE UN NUEVO RÉGIMEN.

1. Introducción.

De 1.713 al 1.721 los tratados de paz de Utrech (Rastatt, Passarowit y Nystad) ponen fin a la tensión bélica existente en el occidente, sudeste y nordeste de Europa. En torno a estas fechas se puede empezar a detectar un nuevo espíritu que, confirmando en su esencia los postulados de Westfalia, inaugura una nueva época en la historia del continente. Como ha puesto de relieve Vicens Vives, Utrech se apoya en el pasado, pero en él se halla el preludio del futuro[289]. Esta segunda etapa que cerraremos con la caída del antiguo régimen, constituye una época de crisis y consolidación de ideas que caracterizaremos, (a los efectos exclusivamente de este trabajo), con base en los siguientes rasgos:

Se produce una revolución en la filosofía política. Es cierto que el nuevo pensamiento no tuvo una proyección inmediata sobre la vida de los pueblos, al menos durante los albores del siglo XVIII, pero no es menos cierto que constituyó la condición necesaria de los cambios drásticos que se produjeron a finales de siglo. La idea de una humanidad impregnada de potencialidades y objetivos comunes, las nociones igualdad, fraternidad y libertad y el tránsito de la noción de "súbdito" a la de "ciudadano", junto a la teoría de los derechos individuales naturales de Locke, serían índices de las transformaciones que se avecinaban. La independencia de los

[289] Vid. Vicens Vives "*Historia general moderna*" Barcelona 1971 págs. 479 y ss.-

Estados Unidos o la Revolución Francesa son hitos que en sí mismos encierran la explicación de lo que trata de apuntarse.

En el plano económico la transición de un capitalismo comercial a un capitalismo industrial, en el contexto de los inicios de una revolución tecnológica y del nacimiento de la economía científica, constituiría otro dato esencial. Efectivamente, el pensamiento de los economistas incidiría tanto en la propagación y fundamentación de la idea de la interdependencia humana, como en la aproximación de los conceptos sobre lo "justo" y lo "útil" hasta su práctica identificación[290].

Por otra parte, a nivel del Derecho internacional, la directriz política del "equilibrio" pasa a convertirse en un principio jurídico en cuya virtud: *"ninguna potencia se encuentra en estado de predominar abiertamente, y de imponer la ley a las demás"*[291]. Las nociones de soberanía e igualdad han alcanzado, por consiguiente, un alto grado de consolidación en la dimensión *ad extra*. En su vertiente *ad intra* se estaba produciendo un proceso paralelo de unificación política y jurídica que se consolidaría a partir de la caída del antiguo régimen.

Por último, quisiéramos subrayar como en el plano jurídico comienzan a manifestarse una serie de tendencias -que ya se habían hecho sentir en otros campos desde el siglo XVI- pero que no

---

[290] Piense como Quesnay y los fisiócratas franceses hacen aparecer el concepto de la interdependencia de las actividades económicas. Sobre la influencia de los "filósofos economistas" en Derecho internacional privado Vid. Laurent en *ob. cit.* (nota 46) págs. 488 y ss.-

[291] Vid. Vattel *ob. cit.* (nota 148) pág. 58.-

llegaron a abrirse paso al mundo del Derecho en los dos siglos anteriores. Fruto de ello fue el recrudecimiento de los ataques al *ius commune*, la racionalización y renovación metodológica de las técnicas de análisis jurídico y los inicios de un movimiento codificador. Se trata de un procedimiento nuevo que tiene por objeto la reelaboración sistemática de un Derecho estatal racionalizado. No consiste en recopilar como hasta entonces se había hecho, sino en reconducir las normas a un orden lógico, poner en relación las partes con el todo y concebir el Derecho como una realidad orgánica estableciendo en él una armonía interna[292]. Estos elementos constituyen los principales índices que nos interesa retener a los efectos de este análisis por cuanto van a resultar determinantes para entender esta fase de la evolución del Derecho internacional privado.

2. La incidencia de los nuevos rasgos sobre las doctrinas relativas al "conflicto de leyes".

Al abordar ahora los rasgos de la historia doctrinal del Derecho internacional privado en el siglo XVIII, puede advertirse con nitidez como se reflejan estos datos sobre sus presupuestos de base. Así podríamos señalar cómo el aumento del volumen del tráfico internacional, producido a consecuencia de la creciente

[292] Probablemente, constituya éste el avance más importante de todos los que se hayan señalado hasta ahora. El espíritu de sistematización y entronque orgánico va a permitir abordar el análisis jurídico desde una perspectiva sustancialmente distinta. La preocupación por la exégesis normativa va a dar paso a una preocupación por el estudio sistemático. La obra de Savigny en el siglo siguiente constituye uno de sus máximos exponentes y pone de relieve la transcendencia de esta metodología para el análisis del Derecho internacional privado. Vid. Savigny "*Sistema de Derecho Romano Actual*", Madrid s.f. en especial la introducción al Tomo I *passim*.-

interdependencia económica, originó una la progresiva polarización de la reflexión doctrinal hacia la dimensión interestatal de los conflictos de leyes. Como señala el profesor Aguilar Navarro[293], Boullenois recoge en su obra, la distinción entre los conflictos internacionales y los interregionales para centrar su análisis, de manera muy especial, en los primeros. La consolidación de este extremo, -ya puesta de relieve al hilo de la definición de los estatutos que daba el segundo de los Voët- supone una ampliación de la perspectiva de examen que va a incidir sobre la íntima vinculación de los problemas de "'tráfico externo" con la noción de "conflicto de soberanías"; la cual tendrá una honda transcendencia durante todo el proceso de formación del moderno Derecho internacional privado a partir de esos momentos.

Junto a este dato, quisiéramos destacar otros tres puntos que nos parecen de particular interés para evaluar la evolución doctrinal durante este periodo: En primer lugar nos referiremos a la honda renovación metodológica que se produce en el XVIII y que culminará en la Alemania del siglo XIX. En segundo término observaremos la aparición de significativas manifestaciones particularistas en construcciones de predominante vocación universal y por último continuaremos ocupándonos de cómo se seguía buscando una fundamentación teórica convincente para justificar la aplicación de un derecho extranjero en el foro.

[293] Vid. Aguilar Navarro en *ob. cit.* (nota192) pág. 230.-

En lo que respecta al primer punto, habría que subrayar el giro racionalista de la metodología utilizada. No es que los juristas adoptasen con entusiasmo y rapidez las nuevas técnicas de pensamiento que aportaba la filosofía del dieciocho. Lo que ocurrió es que fueron incorporando a su quehacer métodos a los que hasta entonces habían dado la espalda. Así, por ejemplo, puede detectarse como la estatutaria francesa del periodo que ahora consideramos, utilizó para sus fines los cuatro preceptos básicos del método que estableciese Descartes un siglo antes[294]; es decir:

*No puede admitirse como verdad ninguna cosa que no se presente de una forma tan clara al espíritu que evite cualquier duda.

*Es preciso dividir cada una de las dificultades que se examinen en tantas partes como se pueda y resulten idóneas para su mejor resolución.

*Se ha de conducir ordenadamente el pensamiento desde los objetos más simples y fáciles de conocer, para poder ir ascendiendo gradualmente hasta el conocimiento de los más complejos.

*Debe de hacerse en todas enumeraciones completas y revisiones generales hasta poder estar seguro de que no se omite nada.

---

[294] Vid. Descartes *"El discurso del Método"* (edición y notas de José Bergua) Madrid s.f. pág. 146. (La primera impresión del discurso se realizó en Leyden en 1.637).-

Ahora bien, es preciso señalar que el método cartesiano no supuso necesariamente la ruptura con los elementos antiguos. De acuerdo con sus planteamientos el proceso lógico puede llevar a *“sustituirlos luego por otros mejores o por los mismos, cuando los hubiese ajustado al nivel de la razón”*[295] Y esta segunda parte es la que va a presidir la obra de la doctrina francesa en el siglo XVIII. En efecto, la relación entre estos autores y la metodología citada no sólo resulta deducible a través de la lectura de su obra. Ellos mismos lo manifestaron expresamente. Lainé transcribe una frase de Boullenois en la que se contiene una clara confesión: *“...me acordé del método que Descartes había practicado antaño para llegar a las verdades filosóficas que buscaba; me convencí de que el jurisconsulto podía hacer lo mismo para hallar las de la justicia. Abandoné todo lo que había leído en nuestros autores en uno u otro sentido y me dedique a meditar...”* [296]. La sistematización que lleva a cabo Bouhier o la disección que realiza Froland de cada uno de los problemas a los que atiende confirman esta impresión.

En lo que se refiere al segundo punto, nos parece indudable que la búsqueda de fórmulas de validez universal fue la finalidad primaria de los juristas del siglo XVIII. La lectura de sus obras nos confirma una opinión que ha sido mayoritariamente defendida por la doctrina internacional privatista. Ciertamente no resulta *stricto*

[295] Vid. Descartes en *ob. cit.* (nota 294) pág. 143.-

[296] Vid. Lainé en *ob. cit.* (nota 3) Volúmen II pág. 12 : «*Je me rappelai la méthode que M. Descartes avait autrefois pratiquée pour parvenir aux vérités philosophiques qu’il cherchait; je me persuadai que le Jurisconsulte en pouvait faire autant pour trouver celles de la Justice; je déposai tout ce que j’avais lu de part et d’autre dans nos auteurs, et je me livrai a la méditation*».-

sensu un dato nuevo. El Derecho internacional privado aparece tratado dentro de las obras clásicas sobre el Derecho de Gentes. En ellas se incluyen secciones dedicadas al conflicto de leyes, fundamentalmente referidas al problema de la delimitación de las competencias del Estado en el plano de la administración de justicia; en el de la esfera de eficacia de sus normas y en el de la jurisdicción sobre la persona, bienes y actividad de los extranjeros. Sin embargo, aunque esta vinculación al Derecho Internacional público va a constituir un elemento que habrá de tenerse muy presente a la hora de estudiar las concepciones que identifican Derecho internacional privado y conflicto de soberanías, queremos señalar aquí que en la obra de los estatutarios franceses, a pesar de estos pesares, puede apreciarse la evidente existencia de elementos de cuño particularista en su construcción.

En efecto, en opinión del profesor Torres Campos, Bouhier consideraba que los puntos que podían sintetizar su planteamiento, por constituir abstracciones elaboradas sobre casos particulares, carecían -o podían carecer- de operatividad universal[297]. Del mismo modo, cuando el profesor Aguilar Navarro señala que en Froland se percibe la preocupación por problemas del tipo del reenvió, está poniendo de manifiesto que, en última instancia, él y quienes han profundizado en el pensamiento de estos autores han podido

[297] Vid. Torres Campos *ob. cit.* (nota 33) pág. 124.-

advertir su tendencia, consciente o inconsciente, hacia un particularismo en sus construcciones[298].

En lo atinente al tercero y último de los extremos seleccionados, el relativo a la fundamentación jurídica del conflicto de leyes, comenzaremos con una cita de Aguilar Navarro en la que se resume clarísimamente la posición de Boullenois respecto a esta cuestión; para el jurista francés, el fundamento de la aplicación del Derecho extranjero en el foro ha de buscarse en *"las exigencias derivadas de la comunidad internacional (habló de una especie de republica mundial, presintió la importancia de la comunidad jurídica...)"*[299]. Bouhier, por su parte, prefirió avanzar por un camino similar al que recorrerían los juristas anglosajones influidos por la obra de Huber. Para él la fundamentación se asentaba en una combinación de tres premisa:

i. La aceptación de una *comitas gentium* entendida en el sentido de la escuela holandesa, al que ya nos hemos referido.

ii. La identificación de una especie de acuerdo tácito entre los pueblos apoyado por un Derecho de Gentes *lato sensu e*ntendido.

iii. En el convencimiento de que por aplicar un estatuto extranjero en el foro no se afectaba en absoluto a la soberanía del Estado en el que esto ocurriese. Para él la aplicación de una ley extranjera no suponía el sometimiento del Estado a ese Derecho,

---

[298] Vid. Agui1ar Navarro en *ob. cit.* (nota 192*)* pág. 229.-

[299] Vid. Aguilar Navarro en *ob. cit.* (nota 192) pág. 230.-

sino la realización de un interés particular del propio Estado que así lo hacía.

Este último punto va a tener una gran transcendencia y confirma la existencia detectada de tendencias particularistas claras en las construcciones de la estatutaria francesa. Pues bien, renovación metodológica, tendencia al particularismo y racionalización de la fundamentación son los tres puntos que (junto al resurgir del estatuto personal, como enseguida veremos) definen los principales avances doctrinales del Siglo XVIII en el sector jurídico investigado.

3. El desarrollo doctrinal del Derecho internacional privado durante el Siglo XVIII y su expansión.

3.1. El estatuto personal y la estatutaria francesa del siglo XVIII.

En la estatutaria francesa de esta época se puede comprobar lo antedicho a través de una aproximación a las aportaciones doctrinales de Froland, Bouhier y Boullenois. Sus principales obras datan de la primera mitad del siglo XVIII y los tres tuvieron puntos de partida comunes en cuanto los tres siguieron la distinción clásica entre estatutos personales y estatutos reales. El arranque adolecía de originalidad, pero cada uno de ellos aportó ideas singulares que, a la larga, gozaron de una gran influencia.

El primero se decantaba claramente por la primacía del estatuto personal, haciendo hincapié en la mayor importancia que debía atribuirse al individuo en relación con la que correspondía a los bienes y rechazando de plano la toma en consideración de un

hipotético estatuto mixto. Profundizó en la alteración del régimen jurídico que podía derivarse de un cambio de domicilio del sujeto y desarrolló soluciones relacionadas con el "conflicto móvil".

Bouhier se inscribía en la línea de Froland a la que matizaba en algunos extremos. Está considerado como el más personalista de la escuela ya que defendía la supremacía del estatuto personal sobre el real en casi todos los supuestos. No obstante, no rechazaba radicalmente la existencia de estatutos reales pero aceptaba esta posibilidad con muchas precauciones e insistiendo siempre en que, por regla general, debía situarse el régimen jurídico aplicable a las personas por encima del régimen que rigiese a las cosas.

Bullenois, en cambio, se inclinaba por la territorialidad de las leyes y, sin negar su importancia, restringía el alcance de la personalidad. Construye un edificio cimentado en las exigencias derivadas de la "comunidad internacional" y establece una división bipartita del estatuto personal:

i. Por una parte se hallan las "leyes personales universales". Este primer segmento se halla constituido únicamente por aquellas normas que se refieran al estado y a la condición del sujeto en términos generales; es decir aquellas que atribuyan a la persona una situación jurídica que tenga repercusión directa sobre todos los actos que pueda realizar. (Por ejemplo, las referentes a la emancipación).

ii. Por otra parte se encuentran las "leyes personales particulares". Éstas son las que definen la condición jurídica de

los sujetos en relación con determinados negocios jurídicos concretos.

Como más adelante veremos con mayor precisión, el ámbito de aplicación extraterritorial de una y otra tipología será distinto. El primero se impondría sobre los estatutos reales, mientras que en el segundo la primacía la detentarían estos últimos.

3.2. La expansión de los planteamientos estatutarios en el siglo XVIII.

Ya hemos tenido ocasión de ver de qué forma la estatutaria francesa del siglo XVIII, -y en especial el tríptico al que nos hemos referido- imprimieron un nuevo impulso a la reflexión doctrinal racionalizando y esquematizando los planteamientos de D'Argentré, Dumoulin y Rodenburg y adaptando a sus tesis la influencia que ejerció sobre ellos el pensamiento holandés y muy en especial el de J. Voët. En esta sección, sin insistir de nuevo sobre este extremo, vamos a ocuparnos de un dato que nos parece particularmente relevante: la recepción de las ideas de la estatutaria holandesa en el área británica.

En el entorno anglosajón la preocupación real por los problemas del conflicto de leyes comienza a surgir con fuerza a partir de la línea que señala el tránsito del siglo XVIII al siglo XIX. La traducción que Dallas hace del *Conflictu legum* de Huber en 1.797, el trabajo de Jabez Henry en 1.823[300] o la *"Dissertation on the Contrariety of Laws"* de Livermore en 1.828, serían los

---

[300] Vid. Henry "*Treatise on the Difference andiIts Effects on Foreign Judgments and Contracts, Marriages and Wills between Personal and Real Statutes*" Londres 1823. -

primeros frutos maduros del interés doctrinal por el objeto de una materia que recibiría, poco después, su nombre actual en los *"Commentaries on the Conflicts of Laws"* de Story en 1.834.

Para Anton[301], la recepción de las doctrinas estatutarias se origina por la vía de los contactos entre Escocia y Holanda. En efecto, la frecuente costumbre en los siglos XVII y XVIII de completar los estudios de Derecho Holanda, puso a los juristas escoceses en contacto directo con las doctrinas de los hermanos Voët y sobre todo con la de Huber, cuya sistematización global del pensamiento holandés ofrecía un verdadero elenco de principios y soluciones operativos. Sobre esta base, las aportaciones de Home (Lord Loughborouch) o las de Lord Mandsfield, constituyeron los exponentes más significativos de tal recepción[302]. Lord Kames en la segunda edición de sus *"Principles of Equit",* aparecida en Edimburgo en el año 1.767, dedicaría el capítulo VIII a las cuestiones relativas a la *Jurisdiction of the Court of session with Respecet to Foreing Matters*" donde recogía el principio de la *Comitas gentium* holandesa sin introducir en su adaptación las deformaciones de interpretación con las que se vio afectada esta teoría al difundirse por el resto de Europa[303]. La obra de Kames pronto sería conocida en el mundo anglosajón y, con ella, la doctrina de los estatutarios holandeses que, reflejada en algún caso

---

[301] Vid. Anton "The Introduction into English Practice of Continental Theories on the Conflict of Laws" *I.C.L.Q.* 1956 págs. 534 y ss.-

[302] Vid. Nadelman "Some Historical Notes on the Doctrinal Sources of American Conflicts Law" en *Ius et Lex, Festgabe Max Gutzwiller* Basilea 1959 págs. 263 y ss.-

[303] Vid. Meijers en *ob. cit.* (nota 184) págs, 663 y ss.-

de la práctica, se consagraría doctrinalmente, tanto a nivel científico como jurisprudencial. Así en el caso *Colman versus Jonson*, Lord Mandsfield, siguiendo a Huber –y citándole expresamente- declararía que: no cabe duda de que toda acción interpuesta ante nuestros tribunales debe ser juzgadas por nuestras leyes, pero el derecho inglés dispone que los contratos válidamente concluidos en el extranjero, en determinadas circunstancias, deben regirse por la ley del país donde haya nacido el negocio del que trae causa el pleito[304].

La influencia de Mandsfield y Kames fue decisiva, no sólo en Inglaterra, sino también en los Estados Unidos, donde su recepción introdujo la síntesis doctrinal de Huber que tan determinante sería para la evolución del Derecho internacional privado en aquella nación. Desde la base que nos ofrece esta brevísima aproximación, podría concluirse que la línea de desarrollo doctrinal, a partir del siglo XVIII, comienza a manifestar una dinámica orientada en dos vectores:

i. El continental europeo dónde, racionalizando a Dumoulin, D'Argentré y Rodenburg, se continuaría operando con base en el perfeccionamiento de los postulados clásicos, hasta que las obras

---

[304] Vid. LLewelyn Davies "The influence of Huber's *De Conflictu Legum* on English Private International Law "*B.Y.I.L* 1937 pág. 57: "There can be no doubt that every action tried here must be tried by the law of England; but the law of England says that in a variety of circumstances with regard to contracts legally made abroad, the law of the country where the cause of action arose shall govern".-

de Wächter y Savigny imprimieran un giro radical en los planteamientos.

ii. El anglosajón, donde la recepción de los tres puntos básicos de Huber, a través de los juristas escoceses, se proyectaría luego a los Estados Unidos por la vía de Lord Kames y de las decisiones de Mandsfield, manteniendo su influencia a lo largo de un dilatado proceso que aún puede detectarse. Llewelyn Davies, subrayaría en 1.937 la inequívoca, influencia del *Conflictu Legum* de Huber sobre la redacción del primer *Restatement of the Conjlict of.Laws*[305].

Ahora bien, utilizar esta constatación para sustentar sobre ella la tesis de una doble evolución desarrollada a lo largo del final del XVIII, durante el XIX y gran parte del XX, hasta su aproximación en un pasado casi inmediato, sería demasiado arriesgado. Constituiría, a nuestro parecer, una simplificación excesiva que no puede utilizarse como una hipótesis de trabajo sólida. Es cierto que existió una cierta escisión, pero no lo es menos que siempre hubo una gran permeabilidad entre ambas líneas. Tanto Henry como Story, se inspiraron no sólo en Huber, sino también en Boullenois. El propio Savigny conocía bien la obra de Story y la había juzgado con aprobación. Como veremos, desde ángulos de enfoque diferentes y sobre unas técnicas distintas, ambas corrientes se influyeron mutuamente, a lo largo de todo el proceso.

[305] Vid. Llewelyn Davies en. *loc. cit.* (nota 304) págs. 57-60.-

4. La catalogación de fórmulas y la formulación de reglas.

Vamos a intentar poner de relieve ahora cómo la sistematización del análisis condujo a una suerte de codificación doctrinal del Derecho internacional privado. Para ello hemos escogido dos figuras: la del francés Boullenois[306] y la del suizo Vattel[307], en la medida en la que pueden ejemplarizar dos diferentes formas de aproximación al análisis de las cuestiones que nos interesa retener.

4.1. Una síntesis de la construcción de Vattel.

Vattel dedica el capítulo VIII del libro segundo de su Derecho de Gentes a las "*reglas respecto de los extrangeros*" y no tanto con la finalidad de: *"hacer ver lo que la humanidad y la justicia prescriben ácia los estrangeros, cuanto establecer las reglas del derecho de gentes en esta materia"*[308] Para el jurista suizo, lo deducible de las reglas del Derecho de gentes podría resumirse en torno al siguiente esquema:

i. *Derecho de Extranjería.* El soberano puede prohibir el acceso de los extranjeros al territorio nacional y, a mayor abundamiento, fijar las condiciones de entrada. No obstante, en Europa es costumbre la libertad de acceso a todo el que no sea ciudadano de una potencia enemiga, a excepción de los vagabundos. Producida la entrada, el Soberano debe garantizar la seguridad y

---

[306] Vid. Boullenois "*Traite de la personnalité et de la réalité des loíx, coutumes, ou statuts, par forme d'Observations*" Paris 1766 (dos tomos).-

[307] Vid. Vattel en *ob. cit.* (nota 148) Tomo II en especial págs. 109 y ss.-

[308] Vid.Vattel en *ob. cit.* (nota 148) Tomo II pág. 110.-

el extranjero queda automáticamente obligado a cumplir lo dispuesto en las leyes que "*determinan lo que debe observarse en toda la extensión del territorio para toda clase y orden de personas*"[309], quedando sometido a las sanciones que tales normas establezcan. Sin embargo, parte de que "*no puede estar sujeto a las cargas que tienen únicamente relación con el ciudadano; pero debe soportar la parte que cabe en las demás*"[310]. En cuanto a la salida del territorio ésta debe ser libre y sólo puede impedirse temporalmente y por motivos muy particulares.

ii. *Competencia judicial internacional*. El foro de competencia básico es el del domicilio del demandado, al que se introducen dos excepciones: la del lugar de situación de los bienes inmuebles en caso de acciones que versen sobre éstos y el *forum presentiae* en caso de "*dificultad repentina*".

iii. *Bienes.* Las cosas muebles que pertenezcan a un extranjero no dejan de ser suyas por hallarse fuera de su nación y forman parte integrante de los bienes de su país, por lo tanto el Soberano territorial no tiene ningún derecho sobre ellos. En caso de inmuebles, el Soberano tiene discrecionalidad para permitir su posesión por extranjeros y para establecer las condiciones que crea oportunas. En ningún caso su posesión por un extranjero alterará el régimen jurídico territorial.

---

[309] Vid. Vattel en *ob. cit.* (nota 148) pág. 112.-

[310] Vid. Vattel en *ob. cit.* (nota 148) pág. 116.-

iv. *Sucesiones.* Distingue entre sucesión legítima, que se regirá por la ley del país del *de cuius* excepto en caso de inmuebles que siguen la del lugar de su situación, y la sucesión testada. En lo que se refiere a ésta última, la forma se rige por la regla - *locus regit actum*- excepto en lo que se vea afectada por las exigencias de la ley personal del disponente en relación con los bienes situados en su patria. En cuanto al fondo, las disposiciones habrán de adecuarse a la ley personal del causante en materia de muebles y a la *lex rei sitae* en materia de inmuebles. El fisco sólo tiene derecho a suceder al extranjero cuando se trate de adoptar una medida de "'represalia".

v. *Matrimonio.* Habida cuenta de las diferencias de religión e intereses, el Soberano puede someter a autorización los matrimonios mixtos que pretendan contraer sus súbditos.

vi. *Control de cambios.* El Soberano puede detraer una parte razonable de la *moneda* que se pretenda sacar al extranjero, en concepto de indemnización por la pérdida de bienes que tal salida implica.

vii. *Fundamentación jurídica del trafico externo.*, Para Vattel se encuentra en "*la sociedad natural de la comunicación y del comercio que las naciones se han obligado a cultivar entre sí*" y cuyas bases se encuentran, de un lado, en la existencia de una sociedad natural de naciones en la que cada Estado se encuentra obligado a vivir con los demás tal y "*como un hombre antes de estos establecimientos tendría que vivir con los demás hombres,*

es decir, según las leyes de la sociedad natural establecida entre los hombres, observando las excepciones que puedan nacer de la diferencia de uno a otro derecho”; y, de otro lado, en “la *obligación general en que se hallan las naciones de cultivar entre sí un comercio recíproco”,* debido al bienestar que se deriva de una especialización en las actividades económicas de cada país en función de su capacidad productiva real[311].

4.2. La construcción de Boullenois y sus principios generales.

Boullenois en su Tratado sobre la personalidad y territorialidad de las leyes, parte de cuarenta y nueve principios generales que establecen las bases de su sistema. En términos sumarios, el núcleo de su planteamiento respondería al siguiente esquema:

i. En principio las leyes dictadas por un Soberano sólo tienen fuerza dentro del ámbito de su jurisdicción, pero la necesidad del bien público y general de las Naciones ha admitido algunas excepciones en lo que respecta al comercio civil.

ii. Las leyes se dividen en -personales y territoriales. Son personales las que tienen por objeto regular el estado y condición de la persona; vinculan tan solo a los domiciliados en el territorio sobre el que opera el poder que las dicta. Las leyes reales puras actúan directamente sobre los bienes, no tienen ningún efecto extraterritorial y obligan a todos los que se encuentren en el

[311] Vid. Vattel en *ob. cit.* (nota 148) Tomo I págs. 12 y ss. y Tomo II págs. 28 y ss. y 117 y ss.-

territorio, a menos que en su propio tenor se haya restringido su ámbito de aplicación a los domiciliados o las personas a las que privilegien.

iii. Las leyes personales a su vez pueden ser:

Personales universales, que son las que definen la capacidad y condición de la persona respecto de todos los actos jurídicos. Estas normas afectan, por consiguiente, de manera indirecta a los bienes.

Personales particulares, que son las que definen la capacidad de la persona en relación con determinados actos jurídicos específicos y que pueden dividirse en:

Personales particulares puras, es decir aquellas que se refieren a actos exclusivamente relacionados con el estatuto personal. En consecuencia no afectan en nada a los bienes.

Particulares reales (que son las únicas que a las que se podría considerar mixtas), regulan actos jurídicos que afectan simultáneamente a la persona y a los bienes -por ejemplo, las normas que permiten testar-. Estas leyes sólo actúan sobre los bienes situados en el territorio y sólo tienen efecto extraterritorial "a titulo de fraternidad"[312], si se ajustan a lo dispuesto en el lugar donde se encuentran los bienes.

[312] Vid. Boullenois en *ob. cit.* (nota 306) pág. 6. En el principio vigésimo primero escribe literalmente "*Â titre de fraternité seulement*".-

iv. La determinación de la naturaleza de un estatuto se lleva a cabo con base en tres criterios:

*El de atender al objeto directo e inmediato de su regulación.

*El de tener en cuenta la finalidad de la norma; aunque reconoce que la jurisprudencia tiende a dar mayor relevancia al objeto del precepto que a la intención legislativa;

*En caso de duda ha de presumirse siempre que son reales.

v. La eventual contradicción entre estatutos se resuelve con base en los siguientes criterios:

*En caso de colisión entre dos normas personales prima la del domicilio.

*En caso de colisión entre un precepto personal y uno real ha de seguirse siempre al real.

*Por último, dos estatutos reales de distintas legislaciones pueden aplicarse distributivamente para regular los bienes poseídos por un mismo sujeto en dos ámbitos territoriales distintos.

vi. En el sistema de Boullenois el Soberano es competente para dictar normas que vinculen a los extranjeros en las siguientes materias y condiciones:

*En relación con los bienes que se hallen dentro de la esfera territorial de su jurisdicción.

*En relación con las formalidades de los contratos que se celebren en su territorio; lo que se complementa dando validez extraterritorial, en cuanto a la forma, a todos los actos jurídicos suscritos de acuerdo con la regla: *lex loci celebrationis.*

*En relación con las actuaciones judiciales que protagonicen los extranjeros que litiguen ante su jurisdicción. Las normas procesales aplicables serán siempre las del lugar donde se litiga.

* En cualquier caso y circunstancia los extranjeros quedan sometidos a las leyes de policía y seguridad del lugar donde se hallen.

La aproximación a estos dos sistemas creemos que puede servir para poner de relieve los avances conseguidos en esta materia durante el siglo XVIII: en primer lugar, se ha logrado una mayor racionalización en la forma de tratar las cuestiones clásicas. En segundo lugar, se ofrece una sistematización de los problemas que, unida al dato anterior, evoca la metodología codificadora. En tercer lugar -y en referencia sobre todo a la obra de Vattel- se ha establecido una identificación clara entre el "*conflicto de leyes*" y la idea del "*conflicto de soberanías*". Se trataba, en definitiva, de extraer las normas del Derecho de gentes que definiesen las competencias internacionales del Soberano en esta materia.

Pero la estatutaria no conseguía dar el salto cualitativo que se esforzaba en realizar. Partiendo de un método tópico intentaba

encontrar unos principios generales capaces de servir de modelo para resolver cualquier duda provocada por el encuentro entre las esferas de eficacia de las distintas leyes en presencia, pero al final las construcciones seguían siendo casuísticas, las excepciones eran más numerosas que la regla y las soluciones solo podían concretarse a la luz de cada caso específico a través de unas operaciones bastante enredadas. Desde 1.698 año en el que J. Voët escribiera su obra *De Statutis,* en sus *Commentarius ad Pandectas* hasta que Boullenois publicara su Tratado en 1.766, había pasado más de medio siglo y las controversias sobre el carácter personal o real de los estatutos, los problemas del estatuto mixto y los límites y excepciones a juego de cada uno de ellos seguían constituyendo un motivo irresuelto de polémica doctrinal. Organizaban aquellas *intrincatissimae ac prope inexplicabiles controversiae* que denunciaba el primero[313]. Creemos que el camino recorrido a lo largo de estas páginas pone de relieve cómo la técnica estatutaria había alcanzado ya un grado de desarrollo y esquematización que dejaba poco margen a una evolución lineal; se había esclerotizado aunque llevase dentro de sí el germen de construcciones nuevas. Es cierto que en algunas fórmulas de esta etapa se pueden advertir con nitidez ciertas similitudes con las actuales normas de conflicto, así como una preocupación por la protección de los intereses de la comunidad internacional, del Estado y de las propias partes, que nos aproxima a nuevos métodos y nuevas técnicas. En otros términos, en el siglo XVIII se había culminado el cambio que poco

[313] Vid. Espinar Vicente *ob. cit.* (nota 239) pág. 39.-

a poco se había ido larvando durante los siglos anteriores pero se habían sentado también las bases para otro proceso de transformación que se desarrollaría en los siguientes dos siglos.

Poco a poco las construcciones científicas empezarán a indagar otros campos, iniciando una línea evolutiva que encontrara en la escuela alemana de la primera mitad del XIX su expresión más concreta. Wächter y Schäffner sentaran unas bases de influencia en el continente europeo que servirán de raíces, junto la obra de Story, para arraigar un nuevo método, que Federico Carlos von Savigny se encargaría de perfilar con prodigiosa técnica.

IV. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL EXTRANJERO. ALGUNAS REFLEXIONES.

En una reciente obra Espinar Vicente ha mantenido una tesis basada en que la extranjería “*a partir de la estatutaria holandesa, representó un prius lógico del conflicto de leyes, pero se configuraba como un sector que se diferenciaba técnicamente del Derecho internacional privado. Su objeto y fundamentación eran distintos, pero era difícil abordar los problemas de tráfico externo sin partir de las premisas que suministraban las normas relativas a la condición del extranjero en el foro*” [314]

Esta aseveración puede comprobarse en el esquema con el que hemos sintetizado las teorías de Vattel y también se halla en el punto de arranque de la obra de Boullenois: *Las leyes dictadas por un Soberano sólo tienen fuerza dentro del ámbito de su jurisdicción*; pero obligan a todos a los que se encuentren dentro de él. Con una u otra formulación nos encontramos con esta premisa mayor en la obra de casi todos los estatutarios a partir del siglo XVII. Los dos primeros principios de Huber son muy claros: Las leyes de cada Estado rigen en los límites de su territorio y vinculan a todos sus sujetos, pero fuera de este ámbito carecen de fuerza y, a

---

[314] Vid. Espinar Vicente *ob. cit.* (nota 16) págs. 24-25, donde añade: “*El derecho de extranjería servía para establecer, el conjunto de condiciones y cargas a los que quedaba sometido un no ciudadano en el territorio del Estado, así como para determinar el conjunto de derechos y libertades de que podía disfrutar, según su grado de arraigo. El Derecho internacional privado, propio sensu, limitaba sus funciones a la determinación de los casos en los que se debía aplicar una ley extranjera en el foro y a la concreción de los supuestos en los que la ley del foro debía aplicarse extraterritorialmente*”.-

continuación, lo enlaza con un segundo principio que resulta ser una pertinente descripción del primero: se entiende por sujetos de un Estado a todas las personas que se encuentran dentro de su esfera territorial, ya sea de manera estable o temporal. Se trata del conjunto de habitantes.

La ciudadanía no es el vínculo relevante por excelencia; en aquellos momentos, el domicilio y la estancia son los índices que cobran mayor significado. Los sometidos a la potestad del monarca no son sólo los súbditos-ciudadanos, sino que también lo son los súbditos-habitantes y los súbditos transeúntes; todos en distinto grado, pero todos lo son[315]. De ahí el que la territorialidad predomine y sea la regla de base en la época considerada. El soberano manda en un marco geográfico determinado y todos los que se hallan en él deben obedecer las normas que haya establecido. En palabras de Vattel, la categoría que hemos denominado súbditos-habitantes quedan "*Ligados por su habitación con la sociedad, se han sometido a las leyes del Estado mientras en ella permanezcan y deben defenderle puesto que en él son protegidos aunque no participan de todos los derechos de ciudadanos sino que gozan solamente de las ventajas que la ley o la costumbre les concede.*"

Cuando un individuo ajeno a la comunidad pasa, se detiene o se establece en el país queda investido de una especial situación

[315] Vid. Vattel en *ob. cit*. (nota 148) pág. 112 donde nos dice que el extranjero accede al país "*bajo la condición tácita de que vivirá sumiso á las leyes, por las cuales entiendo las generales, hechas para mantener el buen orden, y que no se refieren a la cualidad de ciudadano o de súbdito del estado*".-

jurídica en la que se detallan cuales son los derechos que puede disfrutar, las condiciones en las que puede ejercerlos, las cargas a las que está sometido y el comportamiento que debe observar. Se entendía que el Soberano al establecer este "*estatuto de extranjería*" debía operar en el marco de unas coordenadas establecidas por el Derecho de Gentes; pero a partir de esos límites era libre para establecer las reglas que estimase necesarias para proteger las actividades encuadradas en el recinto de su poder soberano. Las premisas del período anterior han cambiado. Las normas han perdido el carácter grupal como signo distintivo; es verdad que se dictan prioritariamente para el círculo homogéneo de la "nación", pero no es menos cierto que se promulgan además para ordenar las actividades y hechos que acaecen en el espacio territorial del Soberano. En este sentido habría que considerar que, a partir de la estatutaria holandesa, el Derecho internacional privado se diversificó en tres frentes:

i. El primero atendería a las "leyes generales" que vinculan a todo extranjero que entra en contacto con el territorio del estado. [Serían las que hoy consideramos como normas de policía y seguridad y de orden público].

ii. El segundo se referiría a los concretos derechos de los que pueden gozar los extranjeros en el territorio de ese estado. [Por ejemplo si se le reconocía al extranjero el derecho a testar o casarse con un natural de ese estado].

iii. El tercero se ocuparía del régimen jurídico de las relaciones que pueden configurar en uso de esos derechos. [*Verbi gratia*, si se le ha reconocido el derecho a contraer nupcias el problema se concretaría en saber si su capacidad matrimonial debería analizarse con base en la ley de su domicilio (personalidad) o debería aplicarse la del lugar en el que contrae el matrimonio (territorialidad)].

Las normas que se promulgan para fijar los derechos que pueden ejercitar los extranjeros en el territorio estatal encuentran su fundamento en los dos primeros principios de Huber. Son los preceptos que, en lenguaje actual, agruparíamos bajo las rúbricas de “normas de derecho interno de aplicación necesaria” y disposiciones de “extranjería”. Ambas tipologías poseían –y poseen- un carácter territorial indiscutible y, por lo tanto, su juego regulador directo no suscita ningún problema especial. Las preocupaciones de nuestra disciplina se producen en el ámbito del tercer principio, sobre la base de una fundamentación distinta a la que otorgaba la cobertura anterior. *De comitate* se va a permitir que las leyes de otro Estado tengan vigencia en el propio, a la hora de resolver los juicios que se susciten entre extranjeros o entre nacionales y extranjeros”[316].

El derecho de extranjería así entendido, servía para establecer, de un lado, el conjunto de condiciones y cargas a los que quedaba sometido un no ciudadano en el territorio del Estado, así

[316] Vid. Espinar Vicente en *ob. cit.* (nota 16) págs. 24 y ss. y *ob. cit.* (nota 239) págs. 32-37.-

como el conjunto de derechos y libertades de que podía disfrutar, según su grado de arraigo. De otro lado, tendría la función de delimitar el marco en el que puede desenvolverse la capacidad de obrar de un extranjero. Pero a diferencia del período anterior, el Derecho internacional privado, *propio sensu*, limitaba sus funciones a la determinación de los casos en los que se debía aplicar una ley extranjera en el foro y a la concreción de los supuestos en los que la ley del foro debía aplicarse extraterritorialmente. Ahora bien, no hay que perder de vista que en este estadío de la evolución científica, la extranjería y el conflicto de leyes convergían en el vértice común del Derecho Natural y de Gentes. En términos muy simplificados, esto aportaba, de un lado, las reglas destinadas a establecer el mínimo de derechos que los súbditos de un Estado deben gozar en el territorio de los demás y, de otro, suministraba las bases racionales para resolver los conflictos que pudiesen surgir por la colisión de las esferas de eficacia espacial de los distintos Derechos particulares.

A partir de este momento, la evolución histórica de cada uno de estos dos sectores influye sobre la del otro, aunque sus diferencias de naturaleza y metodología les hicieron objeto de un análisis diferenciado; por grande que fuese su interrelación en la práctica. En efecto, en un orden de prioridades lógicas, resultaba necesario saber previamente cuál era la posición jurídica de un extranjero frente al ejercicio de un determinado derecho antes de adentrarse en el análisis de su regulación. Si un extranjero no podía bajo ningún concepto poseer inmuebles en un país; estudiar el

régimen del estatuto real en el Derecho internacional privado de ese sistema resultaba ocioso. Por esta razón y porque el tráfico externo, hasta que se superó el primer tercio del siglo XX, se caracterizó por los elementos personales del supuesto, las construcciones que preceden a las de nuestra época se articularon sobre la base auxiliar previa de dos estatutos globalizadores: el que venía determinado por la nacionalidad (que en muchos países se concretaba con base en el domicilio) y el que se derivaba de la condición especial del extranjero. De este modo -en sede de aplicación territorial del sistema- el súbdito gozaba de la plenitud de los derechos reconocidos por su ordenamiento, mientras que el no súbdito se beneficiaba de un estatuto propio, al que se le podían agregar, por vía de extensión, algunos privilegios privativos de los ciudadanos en atención a consideraciones de diversa índole. Surgió así un derecho de extranjería de contenido muy amplio, ya que, a través suyo, se puntualizaba cuál era el *status* que se asignaba, en cada una de las diferentes instituciones del sistema, a la personalidad jurídica de un individuo que, por ser extranjero, no la tuvo reconocida en términos generales hasta época reciente. Una expresión positivada de este esquema se encuentra en el Capítulo III del Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852 dónde se catalogaron los derechos y obligaciones que incumbían a los extranjeros en España, tanto en el ámbito civil, como en el mercantil, fiscal, administrativo, judicial o penal. Incluso se daba una definición de extranjero muy precisa; en el primer inciso del artículo 12 se establecía que: "*No tendrán derecho a ser*

considerados como extranjeros en ningún concepto legal, aquellos que no se hallen inscritos en la clase de transeúntes o domiciliados en las matrículas de los Gobiernos de las provincias y de los Cónsules respectivos de sus naciones.” Sobre estas bases, la mecánica reguladora se complementaba con un sector autónomo dedicado al conflicto de leyes, que arraigaba sus técnicas en los precedentes históricos ya conocidos: casos en los que se debe aplicar una ley extranjera en el foro y casos en los que la ley del foro debe aplicarse extraterritorialmente. No es este el lugar adecuado para tratar de cómo se avanzó por este camino; lo único a subrayar en esta sede es que la extranjería se fue desgajando técnicamente del núcleo último del Derecho internacional privado, al que se entendió exclusivamente como “conflicto de leyes”.

CAPÍTULO V

LAS BASES DEL MODERNO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

I.- EL TRANSITO DEL SIGLO XVIII AL XIX.

1. Los datos de base.

En el siglo XIX es donde verdaderamente se sitúa el inicio de la historia del Derecho internacional privado contemporáneo. Las características económicas, sociales, políticas y filosóficas con las que se ha decantado el siglo XXI comenzaron a forjarse entonces. El análisis de este periodo equivale al estudio de los cimientos sobre los que se han ido edificando las técnicas de solución que hoy aplicamos a la resolución de los "conflictos de leyes".

En 1.776 la Declaración de Independencia americana proclamó de forma clara y neta la soberanía popular y los derechos inalienables del hombre (y, aunque sólo se refiriesen a las personas de raza blanca, ya era un avance muy sobresaliente). En 1.789 la Revolución francesa abrió otra vía paralela de transformación. La consagración de los principios revolucionarios y, concretamente, la transformación del súbdito en ciudadano (como consecuencia del reconocimiento de la soberanía nacional) transmutó las bases políticas y jurídicas que habían permanecido inalteradas durante muchos siglos. A uno y otro lado del Atlántico se abría un proceso de cambio con tal fuerza interior, que pudo vencer las serias resistencias con las que tuvo que enfrentarse y consolidarse de modo definitivo. Estados Unidos y Francia crearían a finales del

XVIII y principios del XIX un clima nuevo, asentado sobre un centro de vertebración ideológica común, del que surgirían vectores divergentes que pronto volverían a encontrarse. La soberanía popular y los derechos del hombre prendieron con vigor como conceptos en los que se apoyaría el desarrollo de la política y el derecho que hoy conocemos. Figuras como Lafayette simbolizaron la convergencia, en uno y otro continente, de la vocación universal del nuevo modelo emergente.

Existen tres elementos del periodo que incidieron de forma notable en el proceso de avance del Derecho internacional privado:

*El principio de las nacionalidades en las nuevas concepciones sobre el Estado;

*Los nuevos paradigmas sobre el papel de los individuos y los pueblos en las relaciones internacionales.

*Las importantes transformaciones que experimenta la metodología jurídica en el siglo XIX.

En lo que respecta al primer punto, es de señalar cómo las concepciones patrimoniales del poder y el relevante papel del territorio ceden su puesto a una nueva forma de entender el fenómeno estatal. En efecto, la sustitución del principio de *legitimidad* por el de *nacionalidad,*[317] culmina la dinámica de un cambio que alteraría primordialmente las concepciones en torno a la vocación reguladora de cada ordenamiento jurídico, así como

[317] Vid. Nippold “Le développement historique du Droit international depuis le Congrès de Vienne » *R.C.A.D.I.* 1924/I págs 36 y ss.-

sobre el poder de establecer normas. En el pensamiento de Kant, por ejemplo, el Estado es una institución cuyo fin ya no es el bienestar ni la moralidad de los ciudadanos, sino la protección de su libertad; y, aunque comparte con Hume la ahistoricidad del contrato social de Rousseau, admite la tesis de éste último como una ficción ideal que, mientras no pretenda afirmar un hecho histórico, puede proporcionar una regla de valoración muy útil: es justa una ley cuando el pueblo se la hubiese podido dar a sí mismo[318]. En esta línea, cuando el proceso llega a su culminación, sus consecuencias son claras: si cada nación se da su propia ley, entonces está claro que el carácter histórico y la vocación grupal del derecho son las premisas que han de primar sobre cualquier otra consideración. Además, si unimos a este dato la tendencia codificadora que se empezaba a abrir paso, obtendremos dos importantes puntos de partida para nuestra reflexión:

*La esfera de eficacia normativa de los distintos Derechos particulares va a delimitarse desde parámetros nuevos.

*El movimiento codificador permitirá la positivación de normas de Derecho internacional privado que no siempre resultarán idénticas en todos los Sistemas –e incluso a veces- ni siquiera parecidas.

En lo que se refiere al segundo punto es necesario considerar que, en el momento en análisis, coexistieron dos modos de entender el marco en el que se encuadraban las "relaciones

---

[318] Vid. Flakenberg "*La filosofía alemana desde Kant*" (traducción y adiciones de Giner) Madrid 1906 págs. 24 y s.-

internacionales de los hombres”. Para unos, la humanidad era una comunidad de personas que, como expresión de la sociabilidad del individuo a nivel planetario, incluía en ella a todos los grupos que se habían organizado en Estados. Para otros, en cambio, los sujetos se habían agrupado en las Naciones que previamente habían constituido y que eran Éstas y no los ciudadanos las únicas unidades que integraban la Comunidad Internacional de Estados Soberanos. Dicho escuetamente, “C*omunidad Universal de Hombres*” o “*Comunidad Internacional de Estados*” constituyeron las dos alternativas entre las que se debatía el pensamiento de la época. Como puede advertirse se trata de una cuestión que incide directamente sobre el modo de entender la fundamentación jurídica del Derecho regulador de las relaciones de “tráfico internacional”.

Pero si pasamos del plano de las ideas al de la realidad histórica, podremos apreciar cómo los principios de igualdad y soberanía de los Estados seguía desarrollándose a lo largo del siglo XIX, hasta consolidar un panorama internacional de unidades políticas que reafirmaban celosamente su identidad diferencial y su autonomía jurídica. La independencia de las naciones americanas contribuiría determinantemente a ello. Sin embargo –y al mismo tiempo- la nueva realidad económica acentuaría la interdependencia y potenciaría la existencia de unos intereses auténticamente comunes en términos netos y objetivos. Como expresa Reeves[319], si

---

[319] Vid. Reeves "La communauté internationale" *R.C.A.D.I.* 1924/II pág. 79 « *Si la pensée des peuples exprimée dans leur législation tend á devenir commune, ceci n’est pas seulement dû à la propagation des idées d’un pays á l’autre, mais encore au fait*

el pensamiento de los pueblos expresado en su legislación tiende a ser común, eso no se debe únicamente a la propagación de las ideas de un país a otro, sino también al hecho de que los intereses sociales y económicos de cada uno de ellos se manifiestan con caracteres cada vez más similares a los de los demás. Entre el mundo de la realidad y el del pensamiento existen, pues, conexiones efectivas que se concretan en esa *comunidad internacional de Estados civilizados*, aglutinada en torno a unos valores y a unos principios jurídicos afines. Bajo esta cobertura resulta lógico que junto a soluciones "*universalistas*", coexistan otras de cuño "*internacionalista*" y que, desde esa perspectiva, la codificación internacional, por vía de tratado, pueda aparecer finalmente como una solución práctica y conciliadora.

En lo atinente al tercero y último de los datos señalados hay que destacar que las transformaciones que experimenta la metodología jurídica en el siglo XIX[320] constituyeron una de las principales claves de los cambios que culminarían a principios del siglo XX. La revolución metodológica que se produjo en la Alemania del XIX y el fenómeno codificador produciría una profunda alteración en el objeto de estudio y un correlativo cambio metodológico en el análisis doctrinal del Derecho internacional privado. Más adelante examinaremos las consecuencias que se derivan de este punto.

---

que leurs intérêts sociaux et économiques particuliers présentent de plus en plus des caractères communs á ceux des autres pays ».-

[320] Vid. Wilhem *"La metodología jurídica en el siglo XIX"* Madrid 1980, *passim*.-

2. Dos modelos de construcción doctrinal del Siglo XIX: Story y Wächter.

Aunque la gran aportación a la teoría general del Derecho internacional privado fue, sin duda, la que realizase Savigny en el Tomo VI de su "*Sistema de Derecho Romano Actual*", entendemos que existen otros dos autores importantísimos para entender bien los planteamientos del siglo XIX. Su valor radica no sólo en la indudable entidad de sus obras, sino en el hecho de que sus pensamientos constituyeron una fuente de inspiración y una sólida plataforma de apoyo para las restantes construcciones doctrinales del periodo.

Story[321] situó su punto de partida en una premisa básica: cada Estado posee jurisdicción exclusiva dentro de su territorio, pero fuera de él carece de toda competencia. Sentada esta base, advierte de inmediato que, ya sea por motivos de conveniencia, utilidad, justicia o reciprocidad, las naciones admiten la aplicación en sus tribunales de normas extranjeras para resolver los problemas jurídicos que incluyan elementos foráneos. A partir de aquí comenzaría a erigir una teoría que influiría decisivamente en el continente europeo y que todavía hoy preside el análisis y la praxis del Derecho internacional privado anglosajón. Los pasos de su razonamiento pueden resumirse del siguiente modo:

---

[321] Vid. J. Story "*Commentaries on the Conflict of Laws foreign and domestic in regard to Contracts, Rights an Remedies and specially in regard to marriages, divorces, wills, successions and judgements*" Boston 1841 (la primera edición es de 1934, pero no hemos podido consultarla) *passim*.-

Lo primero que se propone es asentar sobre una apoyatura sólida las razones que puedan respaldar la aplicación de normas extranjeras en el foro. Y sólo encuentra una que le satisfaga; pero para llegar a ella hay que recorrer el camino de su razonamiento. En la concepción de Story las normas pierden su vigor legal cuando se las aísla del poder soberano que las ha dictado. En consecuencia, toda disposición extranjera en el foro carece del carácter jurídico que resulta necesario para poder considerarla como una expresión del Derecho. Desde esta perspectiva resulta natural que no pueda regularse ningún asunto en su base, dado que la solución que se obtuviese no quedaría jurídicamente amparada en términos lógico-legales. Para que un precepto foráneo pueda recuperar su eficacia legal en el foro es absolutamente necesario que el Sistema jurídico del foro se la restablezca. Sólo así recuperará su naturaleza normativa y recobrará su fuerza obligatoria. Por lo tanto, es el Estado del foro quien debe volver a dotar de carácter legal a la ley extranjera; en consecuencia, su juego regulador dependerá exclusivamente de que, o bien, las disposiciones normativas o jurisprudencialmente decantadas se lo confieran, o bien, de que el acuerdo expreso o tácito del Estado se lo otorgue.

El siguiente paso consistirá en determinar cuales son los casos en los que nuestro propio sistema jurídico deba adoptar un Derecho extranjero para hacerlo suyo y conferirle vigencia en relación con cada caso particular. Story entiende que la respuesta a esta pregunta no puede venir dada con base en las soluciones catalogadas por la estatutaria. Niega rotundamente la utilidad

práctica de la clasificación de los estatutos por cuanto piensa que es prácticamente imposible encontrar a un solo jurista que, escribiendo sobre los estatutos, fuese capaz de ser coherente consigo mismo[322].

Avanzando por este camino se aborda un nuevo hito. Si las leyes poseen vigor únicamente dentro del ámbito territorial donde se ejerce el poder de quien las dicta; y si una ley extranjera solo puede aplicarse cuando el sistema territorial la hace suya, entonces la verdadera forma de solucionar los "conflictos de leyes" no puede consistir en saber si tal o cual precepto (nacional o extranjero) incluye dentro de su esfera de eficacia al supuesto de tráfico externo. El problema debe plantearse de forma muy diferente*: se trata de saber cuando la ley del foro quiere verse aplicada al caso y cuando la ley del foro quiere hacer propia una norma extranjera para satisfacer los objetivos de utilidad, conveniencia y justicia de su propio Sistema en ese caso concreto*[323].

Como puede comprobarse se ha desplazado el interés del análisis hacia un objetivo muy distinto al que hemos visto en los capítulos precedentes. El giro resulta copernicano. En la reflexión sobre lo problemas de Derecho internacional privado, las normas no deben centralizar ni monopolizar la atención. Fuera del ámbito

---

[322] Vid. Bellot "La théorie anglo-saxone des conf1its de lois" *R.C.A.D.l.* 1924/11 pág. 142. Para Story, como para el juez Porter en el caso *Saul versus his Creditors, "...la théorie des statuts réels et personnels (...)* [c'est] *le plus embrouille et controverse des sujets qui ont occupé l'attention des juristes et des cours, sur lesquels il est rare d'en trouver un qui soit logique avec lui-même. Nous ne connaissons pas de question de droit aussi incertaine…* ».-

[323] Vid. Espinar Vicente *ob. cit.* (nota 239*)* pág. 42.-

de poder de quien las dicta no tienen vigor propio; luego, carece absolutamente de sentido buscar una esfera de aplicación extraterritorial ya que, desde esta óptica, es radicalmente imposible que exista. Si ese camino ha quedado cegado, será menester abrir otro. Para ello la propuesta de Story es relativamente sencilla; la única regla clara es que siempre se debe aplicar la *lex fori*. Ahora bien la *lex fori* puede incorporar una norma extranjera integrándola en su tejido regulador a través de dos vías: mediante una disposición positiva (escrita o consuetudinaria) que expresamente lo disponga o bien cuando el juez, en atención al espíritu y finalidad del ordenamiento, deduzca que, en ese caso concreto, la *lex fori* quiere incorporar una disposición foránea para la correcta resolución del asunto[324].

En este mismo sentido se orienta la construcción de Wächter[325]. Sus principios básicos se aproximan estrechamente a los que acabamos de comentar:

i. El juez debe aplicar a un conflicto de leyes la solución que su ordenamiento haya previsto para estos casos (entendiéndolo en un sentido amplio que no se circunscribe a las normas positivas de carácter escrito).

ii. En defecto de una norma expresa que resolviese la colisión, el juez determinará el derecho aplicable a un determinado asunto,

---

[324] Vid. Kuhn « La conception du Droit international privé d´après la doctrine et pratique aux Etats-Unis » *R.C.A.D.I.* 1928/I pág. 197.-

[325] Sobre la construcción de Wächter, Vid. el trabajo de Nadelmann "Wächter's Essay on the Collision of Private Laws of Differents Status" en *A.J.C.L.* 1964 págs. 414 y ss.-

en atención al espíritu y finalidad de las reglas que, en su propio Sistema jurídico, regulen esa materia.

iii. Si este análisis no ofreciese un resultado claro se aplicará siempre la ley del foro.

Story y Wächter constituyen los puntales de una innovación trascendental. La reflexión científica no debe dedicarse, a partir de ahora, a trazar círculos ideales con los que representar el radio de acción de cada norma. Fuera del ámbito del poder que las dicta, todas las disposiciones pierden su vigor jurídico, tanto si se refieren a las personas como si se refieren a las cosas. La pregunta no se concreta en torno a saber si las disposiciones que determinan la capacidad de un sujeto le siguen a cualquier lugar donde vaya. La verdadera cuestión ha de plantearse de otra forma: ¿cómo quiere la ley del foro que se determine la capacidad de un extranjero? El problema, pues, empezaba a ser exclusivamente espacial y comenzaba a nacer un método propio para la solución de estos conflictos que tenia muy poco que ver con los planteamientos centrales de la etapa anterior. Story abandona la vieja denominación del "*Conflicto de Leyes*" y acuña el nuevo término "*Derecho internacional privado*" que, paradójicamente, hizo fortuna en la Europa continental del oeste y que no llegó a imponerse en el medio anglosajón. A partir de las primeras décadas del siglo XIX surge una clara conciencia de que los problemas que plantea la proyección internacional de la vida de las personas no puede resolverse mediante pautas destinadas a establecer los límites

de vigencia de las normas. Era necesario ir más allá y crear un método específico anclado en la realidad de las nuevas concepciones del Derecho y del Estado. En esta etapa se sembró el germen de lo que, a finales de siglo, serían los dos métodos de base: el *unilateral* y el *multilateral*.

II.- LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SIGLO XIX.

Vamos a estudiar la evolución doctrinal de este siglo, dentro del marco global que nos ofrecen los tres caracteres que retuvimos en los epígrafes precedentes. En ellos encajan y se comprenden mejor las causas que determinaron los caracteres que impregnan las principales contribuciones científicas de la época. Intentaremos sistematizar en este esquema el pensamiento de aquellos juristas que ayudaron, tanto a la formación del Derecho internacional privado contemporáneo, como al desarrollo de las técnicas con las que hoy se aplica.

1. Estado nacional, ley nacional y codificación estatal.

La crisis de transformación que se produce en el siglo XVIII y que eclosiona con la Revolución Francesa, dio origen a unas ideas sobre el individuo, la sociedad y el Estado que, concretadas en la Declaración de 1.789, se proyectarían a lo largo del siglo XIX identificándolo –en cierta medida- como un momento histórico en el que -no sin grandes resistencias- el modelo nuevo se fue abriendo paso, poco a poco, hasta su definitiva consolidación. Entre los elementos que caracterizan a este nuevo concepto estatal, destaca el cambio en la titularidad de la soberanía. La soberanía se transfiere del monarca al pueblo y será el conjunto de los ciudadanos quienes, (teóricamente) desde su nueva posición soberana, establecerán el Estado, escogiendo su modelo de organización política y determinando el conjunto de derechos básicos que se otorgan.

Establecida la "Constitución" el poder legislativo abordará la tarea de renovar el ordenamiento, utilizando para ello el esquema sistematizado y racionalizado que ofrece el método codificador. A partir de aquí, en la dinámica de este proceso ideal, la estructura jurídica de cada pueblo irá desarrollando sus principios constitutivos[326] atendiendo a que el contenido normativo se ajuste siempre a los caracteres definitorios de la nación (condiciones físicas, económicas, políticas o de cualquier otro tipo). El resultado de la ordenación jurídica nacional tenderá, por consiguiente, a expresar -en la mayor medida posible- la adecuación entre el Derecho y las necesidades y aspiraciones del grupo. Por esta razón, Montesquieu consideraría como una gran casualidad el que las leyes de una Nación pudiesen servir a otra[327]. El Estado se configuraba así como una asociación capaz de garantizar los derechos de quienes componen la nación.

La nación ocupa, una posición clave en el sistema y constituye en frase de Mancini[328]: una sociedad natural de hombres, una unidad territorial con orígenes, costumbres e idioma comunes, que conforman una comunidad de vida y conciencia social. Pero esta idea de nación -que había nacido durante la revolución

[326]Vid. Pérez Prendes *ob.cit.*(nota 123) págs. 769 y ss.-

[327]Sobre estos aspectos, Vid. Tomás y Valiente *ob. cit*. (nota 235) págs. 422 y ss.-

[328]Vid. Mancini *"ll principio di nacionalita"* Roma 1920 págs. XVI y 7-10: Mancini describe a la nación como: *"una societá naturale di uomini da unita di territorio, di origine, di costummi e di lengua conformati a comunanza di vita e di coscienza sociale."*.-

francesa[329]- no se proyectaría de un modo uniforme sobre todas las unidades que componían el panorama internacional de la época y su interpretación por los distintos pueblos distó mucho de ser unívoca. Como escribiera De Visscher: '"*La idea nacional queda vinculada a fines diversos que -según las circunstancias históricas, el genio y las tradiciones de cada pueblo- pueden modificar profundamente su orientación y los resultados prácticos de su acción. Su dirección dependerá esencialmente del concepto que de ella se tenga, así como de las ideas y de las concepciones que a la misma se asocien"* [330]. De esta forma, el principio de la nacionalidad operaría desde dos bases distintas que pasaremos a describir a continuación.

1.1. La nacionalidad como expresión natural de la unidad grupal básica.

En esta primera dimensión, la idea de la nacionalidad (que serviría de apoyatura a las aspiraciones de constituirse en Estados para muchos pueblos de Europa), se entendió como la expresión natural de la unidad grupal básica en la que se subdivide la gran comunidad humana[331]. El elemento territorial era una mera consecuencia lógica de la necesidad de asentamiento del grupo y suponía a la nación lo que el domicilio a la persona[332]. Desde esta perspectiva, la noción de territorio y los corolarios que de ella se

---

[329] Vid. Nippold en *loc. cit.* (nota 317) pág. 36 sobre la formulación por primera vez de este principio en Mme Staél.-

[330] Vid. De Visscher *"Teorías y realidades en Derecho internacional público"* Barcelona 1962 pág. 35.-

[331]Vid. Laurent *ob. cit.* (nota 46) Tomo I Bruselas 1880 págs. 638 y ss.-

[332]Vid. Gutzwiller en *loc. cit.* (nota 238) Tomo IV pág. 369.-

deducen ocuparían un lugar secundario y derivado en la concepción global del Estado, y por ende en el plano de la delimitación de la esfera de eficacia del Derecho.

En efecto, -al igual que en las comunidades más antiguas-, la idea de un pacto social o de una comunidad natural tienen en el orden normativo una consecuencia muy específica: la personalidad jurídica de cada miembro del grupo; es el atributo que emana del recíproco reconocimiento y garantía de las libertades que tal "*status*" jurídico expresa. Nadie puede renunciar a él ni alterarlo, ni ninguna otra nación puede dejar de reconocerlo, en la medida en la que no afecte su orden público. Y es que la nación -que constituye el fundamento del Derecho de gentes para Mancini[333]- justifica la *ratio* de su existencia precisamente en cuanto es una estructura que sirve para garantizar las libertades de los miembros que la integran.

El resultado final de este planteamiento, a nivel de Derecho internacional privado, se concreta en un sistema cuya pieza clave se articula en torno a la dimensión extraterritorial de la ley personal, concretada ahora en función de la nacionalidad y no en razón del domicilio[334]. Esta doctrina que encuentra en Mancini su principal inspirador, se propagaría rápidamente por Europa, encontrando un eco doctrinal particularmente relevante en autores como Fiore,

[333]Vid. Mancini "*Diritto internazionale*" Napo1es 1873 pág. 9.-

[334] Vid. De Nova en *loc. cit.* (nota 238) pág 465.-

Laurent o Weiss. Sin embargo, sería Esperson[335]quien, a juicio de Gutzillwer[336], construyese un sistema, por primera vez completo, de Derecho internacional privado a partir de esta premisa. En sus líneas maestras, tal sistema puede ser resumido en torno a dos puntos:

En primer lugar, el fundamento del Estado es la nación y la dimensión territorial del mismo no es sino una consecuencia accesoria derivada del asentamiento de la comunidad nacional. Sobre esta base, cabría hacer un esquema basado en las siguientes subdivisiones:

i. En lo relativo a la vinculación entre las personas y el medio social, cabe distinguir:

*El vínculo directamente basado en la pertenencia jurídica al grupo (la nacionalidad); y

*El que se crea con base en la presencia de un individuo en el espacio del grupo (*vincolo attuale di sudditanza política*).

ii. Partiendo de esta base, cada sistema jurídico desarrollaría sus normas en atención a un doble objetivo:

*Uno primario consistente en establecer las normas que rigen las situaciones y relaciones jurídicas de los propios súbditos; y

---

[335] Vid. P. Esperson *"Il principio di nazionalità applicato alle e relazioni civili internazionali e riscontro di esso colle norme di diritto internazionale privato sancite dalla legislazione del Regno d 'Italia"* Pavia 1868 passim.-

[336] Vid. Gutzwiller en *ob. cit.* supra nota (238) pág. 367.-

*Otro secundario consistente en promulgar los preceptos de Derecho público, que organizan la vida en el territorio.

Los primeros se aplicarían a los nacionales en cualquier lugar en el que se encontrasen y los segundos a todos los que se hallaren en el territorio del Estado. Por consiguiente el ámbito de eficacia de la ley personal-nacional no tendría, en principio, más límites que los impuestos por las normas de orden público vigentes en el lugar donde se encontrase la persona.

En segundo lugar y partiendo de la base anterior se decantarían tres grupos normativos en el ámbito del Derecho privado:

i. El referido a la esfera del estado y capacidad de la persona, derechos subjetivos y estatuto familiar que, por afectar directamente al individuo quedaría regido por su ley nacional; y

ii. El atinente al disfrute de los bienes y relaciones contractuales que, por inscribirse en la esfera de la voluntad personal, debería confiarse, con un alto grado de operatividad, a la autonomía de las partes.

iii. Las normas destinadas a organizar la vida en el territorio tendrían carácter imperativo o de orden público y limitarían siempre el juego de los dos grupos anteriores.

En consecuencia, -y como resume Weiss[337]- la ley sólo puede vincular a las personas para las que específicamente se articula, pero en relación con ellas debe regir todas sus relaciones jurídicas, sea cual sea el lugar donde se encuentren, con la sola salvedad de las excepciones o alteraciones que resulten del orden público, de la regla *locus regit actum* y del principio de la autonomía de la voluntad.

El hecho de aludir a la doctrina de Mancini en primer lugar, obedece a que creemos que acierta Pillet cuando escribe que para encontrar los primeros fundadores de una doctrina similar habría que remontarse a los postglosadores y, en concreto, a la glosa *quod si Boniensis*[338]. En efecto, la técnica ius-internacional privatista que se deriva de los planteamientos del jurista italiano no constituye, en definitiva, sino una raciona1ización de los viejos postulados de la personalidad, puestos ahora al servicio de la nueva idea nacional. Por esta razón su estudio engarza con mayor fluidez con el de la historia del pasado que otras construcciones que, aún anteriores en el tiempo como las de Wächter, resultan mucho más innovadoras desde cualquier punto de vista[339]. Por otra parte, su apunte precede al de las corrientes más territorialitas del área anglo-sajona, en la medida en la que influyeron determinantemente en la configuración

---

[337] Vid. en general Weiss "*Traité élémentaire de Droit international prive*" Paris 1886 (2ª ed 1890) y « *Manuel de Droit international privé* » Paris 1892-1905 (9ª ed Paris 1925).-

[338] Vid. Pillet en *loc. cit.* (nota 248) Tomo I pág. 457.-

[339] Vid. De Nova en *ob. cit.* (nota 238) pág. 465: "*The main difference of the new from the old dispensation was the shift of emphasis from the "real" to the "personal" law, and the substitution of nationality for domicile as the criterion for choosing the latter law*".-

del Derecho internacional privado en el siglo XIX, incluso más allá del ámbito continental europeo

1.2. La nacionalidad como mero cambio en la titularidad de la soberanía.

El segundo de los planteamientos que pueden derivarse de un concepto amplio acerca del principio de la nacionalidad, sería fruto de la conjugación de esta idea con unas concepciones estatales más arraigadas en planteamientos históricos y territoriales. Desde esta perspectiva, la nacionalidad significaría, fundamentalmente, un cambio en la titularidad del poder. La Nación (como suma de ciudadanos) sustituye al Soberano, subrogándose en las estructuras de funcionamiento estatal que habían sido heredadas de las viejas concepciones. A partir de la asunción de este planteamiento, se reproduciría, en sus rasgos generales, el proceso de constitución ideal que hemos descrito páginas atrás. Sin embargo, lo que si va a diferir sustancialmente son las consecuencias de ese proceso, ya que, en efecto, la óptica de un pueblo soberano constituido sobre unas bases territoriales concretas y estabilizadas frente a las demás potestades soberanas, dotaría al elemento territorial de una mayor fuerza operativa.

En principio, las leyes se las otorga cada nación para garantizar las libertades de sus miembros y ordenar la convivencia en el seno de la comunidad. Pero la autonomía jurídica de cada Estado termina allí donde su poder limita con el de otro -y no puede perderse de vista que una de estas fronteras es la que señala el propio territorio- el cual, fruto de la decantación histórica o del

esfuerzo de la nación, constituye el ámbito natural para el ejercicio de la plenitud jurisdiccional. La consecuencia primera y básica que puede deducirse de un principio de la soberanía nacional así entendido, es que las leyes tienen una esfera de vigencia condicionada en función del territorio y de la comunidad. Más allá de estos límites las normas no pueden actuar *ex propio vigore,* desvinculadas así de su autoridad portadora. Nadie puede legislar sobre la condición o actividad de los individuos no sujetos a su poder ni sobre la propiedad situada fuera de los límites de su entorno. Consiguientemente - a *sensu* contrario- nadie está obligado a aplicar en su ámbito propio normas emanadas del poder de otra nación.

Ahora bien, en un siglo caracterizado por la expansión económica, este principio general ha de ser atemperado en función de unos objetivos que vendrán determinados por el interés y la utilidad de cada nación, así como por su propia concepción de la justicia. En consecuencia, habida cuenta de sus condiciones económicas, políticas, sociales o de cualquier otra índole, cada nación deberá establecer sus particularidades. Alcorta, poniendo en relación estas premisas con los caracteres de la nación argentina, llegaría a afirmar que admitir el principio de la personalidad en los Estados formados por inmigrantes, sería una gran imprudencia que no sólo pondría en peligro la independencia nacional, sino que supondría desconocer, además, los derechos inherentes a la

soberanía[340]. En esta línea, la doctrina anglo-americana desarrollaría sus planteamientos a partir de tres tesis claves:

i. En principio, la competencia del tribunal implica una competencia correlativa de la *lex fori.*

ii. La *lex fori,* no obstante, puede disponer la aplicación de una normativa extranjera o prescribir el reconocimiento de un derecho validamente adquirido al amparo de otra ley.

iii. La aplicación de la ley extranjera se produce con base en la aceptación de la noción de "*comity*" la cual traduce un concepto muy amplio y polivalente, que como estableciese el juez Cardozo en el asunto *Dean versus Dean* constituye *"...nuestra propia interpretación de los conflictos de leyes*"[341].

Desde la obra de Livermore para quien "*Nosotros damos efecto a una ley extranjera porque nuestras propias leyes la adoptan y ratifican en cada caso particular*" hasta la teoría de los "*governmental interests*" de Currie, o del *forum conveniens* de, Eherenzweig, pasando por la teoría de los derechos adquiridos de un Dicey o de un Beale, las opiniones doctrinales se desenvuelven

[340] Vid. Alcorta "*Curso de Derecho internacional privado*" Tomo I Buenos Aires 1887 págs. 228 y ss.-

[341] Vid. Nussbaum "*Principios del Derecho internacional privado*" Buenos Aires 1947 pág. 22. -

mayoritariamente por un camino firmemente asentado sobre estas bases[342].

Una de las construcciones básicas del siglo XIX es, como ya hemos visto, la ofrecida por Story[343] en la primera edición de sus comentarios sobre los conflictos de leyes [344]. Los principales puntos de su pensamiento ya han sido sintetizados. Queda, no obstante, por añadir en esta sede otro no menos relevante; el relativo a cómo proponía que se estableciesen las vías de solución para cada ámbito de problemas. Para ello Story partía de una serie de "*general máxims*", muy sucintas y de carácter muy general, en las que resumía los puntos fundamentales que deberían tenerse en cuenta para regular estas cuestiones[345]. Para su construcción buscaría apoyo en más de 500 decisiones judiciales, y en las opiniones doctrinales más relevantes. Los autores más citados por él son, en concreto, Bouhier, Boullenois, Merlin y Pothier, entre los franceses; Hertius entre los alemanes y Huber y los dos Voët entre los holandeses[346].En este sentido, destaca como la influencia de Huber, pese a ser determinante, no es ni exclusiva ni excluyente y Story, como la mayor parte de los juristas anglo-sajones que

---

342 Sobre estos aspectos, Vid. Becket "What is Private Internationa1 Law?" *B.Y.Il.L.* 1926 págs. 73 y ss. y Sack "Conflicts of Laws in the History of English Law" en *Law: A Century of Progress, 1835-1935* Nueva York 1937 págs. 342 y ss.-

343 Vid. Story *ob. cit.* (nota 321) *ibidem*.-

344 Sobre Story, Vid. Lorenzen "Story's Commentaries on the Conflicts of Laws. One Hundred Years After" en *Harv. L. Rev.* 1934, *págs.* 15 y ss. y Nadelmann "Joseph Story's Contribution to American Conflict of Laws: a Comment" en *Conflict of Laws International and Interstate*" La Haya 1972 págs. 21 y ss.-

345 Vid. Gutzwiller en *ob. cit.* (nota 238) pág. 342.-

346 Vid. Kuhn *loc. cit.* (nota 324) pág. 197.-

abordaron esta materia, ha de considerársele como un magnífico conocedor de la doctrina estatutaria del siglo XVIII

En efecto Story, como en realidad muchos de los grandes autores en Derecho internacional privado, no introdujo grandes novedades en su construcción, sino que se limitó, con espíritu ecléctico, gran rigor y acusada fuerza argumental, a esquematizar y racionalizar las aportaciones de mayor peso hasta el momento, en orden a contrastar su operatividad tamizándolas a través de la práctica jurisprudencial y del espíritu y tenor del ordenamiento jurídico positivo. Si a esto aunamos el hecho de que Story fue juez del Tribunal Supremo en un período en el que se estaba formando la jurisprudencia americana en esta materia, resulta perfectamente explicable el influjo que ejerció sobre internacionalistas posteriores en el área anglo-sajona y fuera de ella. Foelix confesaría haberla adoptado en todos sus extremos al exponer los principios fundamentales del Derecho internacional privado, en su Tratado de 1.843[347].

De esta brevísima aproximación destaca como la línea anglosajona constituye en realidad el cauce en el que encuentran su desarrollo lógico las aportaciones de la estatutaria del siglo XVIII. En efecto, estos autores adaptaron sus soluciones a las nuevas premisas, las dotaron de una formulación más racional y las

[347]Al destacar estos datos, Nadelmann señala que a pesar de ello Story sólo fue traducido al español. Vid. Nadelmann en "Some Historical Notes on the Doctrinal Sources of American Conflicts Law" en *Conflicts of Laws: International and Interstate* La Haya 1972 pág. 14.-

desembarazaron de técnicas que, como la división de los estatutos, habían dejado de ser operativas desde mucho tiempo antes, y consiguieron un nuevo sistema más coherente y práctico. La enorme inf1uencia de Boullenois sobre las obras de Jabez, Henry o Burge[348], entre otros, puede resultar un claro exponente de esta continuidad.

Es de destacar así mismo que, la influencia ejercida por Story y la cohesión doctrinal que puede apreciarse en torno al Derecho internacional privado, no es fruto de un ensimismamiento del sector doctrinal analizado. Existieron contacto entre las construcciones anglosajonas y las continentales y éstas se influyeron recíprocamente. La repercusión de los postulados de Story en los de Savigny y los de Savigny sobre los de Westlake podría servirnos de ejemplo[349].

En resumen, los puntos esenciales que marcan las constantes de la evolución en el estudio del Derecho internacional privado, podrían contenerse en cuatro puntos:

En primer lugar, se caracteriza por una resistencia a la ampliación del ámbito del estatuto personal, manteniendo el principio de la territorialidad como regla de base. Story criticaría la línea de Kent, en la medida en la que este último otorgó una considerable importancia al principio de la personalidad [350].

[348] Vid. Bellot en *ob. cit.* (nota 322*)* pág. 144; y Guztzwiller en *ob. cit.* (nota 238*)* pág. 341.-

[349] Vid. Bellot en *ob. cit.* (nota 322) págs. 150 y s.-

En segundo lugar, destaca su diferente forma de entender la relación entre el individuo y el Estado-nación, distinguiendo un "*estado político"* (concebido como un vínculo que produce efectos de Derecho público excluidamente) y el "*estado civil*" (interpretado como un nexo en cuya virtud se podía establecer de forma razonable la correlación entre el individuo y el Derecho privado). Sería ésta última conexión el vehículo para atribuir a cada persona el disfrute de un determinado *status* y la asignación de ciertas cargas. Se expresaría formalmente a través de la noción de domicilio, enraizando así fielmente esta construcción con la tradición de los últimos movimientos estatutarios[351]. No obstante, para entender en toda su dimensión este punto ha de tenerse en cuenta que el concepto de domicilio anglosajón no se correspondía –ni entonces ni ahora- con el sentido que tiene en el continente europeo. Téngase en cuenta que la configuración plurilegislativa de la mayoría de los Sistemas jurídicos anglosajones hacía obviamente más útil y funcional operar con base en el "domicilio" que en razón de la "nacionalidad".

En tercer lugar, habría que considerar que la amplitud del concepto *comity*, plantearía pronto problemas en razón de su incertidumbre. Westlake en Inglaterra y Wharton en los Estados Unidos serian los principales críticos de esta fundamentación. La concreción de una alternativa se produce sobre una base más

---

[350] Vid. Kuhn en *ob. cit.* (nota 324*)* pág 197.-

[351] Vid. Bellot en *ob. cit.* (nota 322) pág 141 y Kuhn *ob. cit.* (nota 324) pág 194.-

particularista y más ceñida a la formulación de Livermore. En efecto, como señala Bellot, Wharton mantendría la tesis de que cuando una ley extranjera rige un caso particular, es porque forma parte del "*common law*"; lo que significa que las partes tienen derecho a que se les aplique y que no se trata de un simple derecho natural ni de una deferencia; al contrario, es un derecho estrictamente legal que existe porque el "*common law*" lo incorpora a través de sus propias normas de Derecho internacional privado[352].

En cuarto y último lugar, resulta obligado traer a colación la teoría de los derechos adquiridos que, bajo la influencia de Holland, sería formulada claramente por Dicey en los siguientes términos: todo derecho que haya sido debidamente adquirido al amparo de la ley de cualquier país civilizado, es reconocido y, en términos generales, sancionado por los tribunales ingleses. Este principio sería posteriormente recogido por Beale en los Estados Unidos y fue incorporado al primer *Restatement of the Law of Conflicts of Laws*.

Podríamos dejar apuntadas así las dos líneas fundamentales que expresan la tensión entre territorialismo y personalismo en el siglo XIX. En nuestra opinión, el marco en el que hemos analizado sumariamente cada una de ellas ofrece una perspectiva, tal vez poco matizada, pero susceptible de reflejar las incidencias de las nuevas

---

[352] Vid. Bellot en *loc. cit.* (nota anterior) *ibidem: "...lorsqu´ une loi étrangère régit un cas particulier, alors e!lé fait partie de notre « common law » et les parties sont en droit de la faire appliquer. Ce n 'est pas un simple droit nature; au contraire, c'est un droit strictement légal qui existe parce que notre « common law » incorpore le droit international privé dans tous les cas auxquels s'applique ce droit ».-*

ideas nacionales sobre el significado y juego de la territorialidad y de la personalidad de las leyes en la solución de los problemas de Derecho internacional privado. Obviamente, pretender adscribir de una forma rígida la construcción de cada autor concreto a una única de las corrientes retenidas en este epígrafe sólo sería posible a costa de una gran simplificación.

Por esta razón no quisiéramos finalizar esta rúbrica sin antes subrayar que el principio de la territorialidad, aunque enlaza con la construcción de los últimos movimientos estatutarios, lo hace incorporando cambios drásticos y que no se refleja únicamente en el Derecho y la doctrina del área anglosajona. Buena muestra de ello serían los Códigos de las naciones iberoamericanas, fuertemente impregnados de territorialismo[353], o las construcciones europeo-continentales de un Foelix o de un Wächter. Pero, por otro lado, queremos hacer hincapié en que ello no supuso ningún obstáculo para que la personalidad irrumpiese con gran fuerza en el pensamiento europeo, inspirando doctrinas de gran trascendencia. La puesta en relación de estas dos conclusiones con el movimiento codificador sintetiza las premisas del gran cambio que se produce en el siglo XIX. Y es que, en efecto, del "*particularismo universalista*" que podíamos apreciar en los autores del siglo XVIII[354], pasamos a un reflejo positivado de ese particularismo.

---

[353] Vid. Torres Campos."*Bases de una legislación sobre extraterritorialidad*" Madrid 1896 págs 201 y ss.-

[354] Con la expresión "*particularismo universalista*" nos referimos a como la interpretación individual de cada autor pretendía tener una dimensión "universal". Cada uno suscitaba una idea diferente y todos pretendían la validez universal de su método.

Cada nación establecía en sus códigos un sistema de solución de los “conflictos de leyes” que a su juicio respondía a un método universalmente aceptado. Pero, como es lógico, la proyección (ya fuese consciente o inconsciente) de los intereses, concepciones y necesidades de cada pueblo sobre las normas de Derecho internacional privado conducían a un resultado en el que convivían tantos “métodos universales” como ordenamientos jurídicos.

Los autores universalistas e internacionalistas de los dos primeros tercios del pasado siglo, combatirían este resultado, propugnando el recurso a la costumbre internacional formada, o en vías de formación, sobre estas cuestiones y, en su caso, a los tratados internacionales, que eran considerados como una vía particularmente idónea para construir, -o en su caso codificar-, un sistema concreto y universalmente aceptado de derecho Internacional privado.[355]

Sólo en el último tercio de este siglo, construcciones como las de Niemeyer, Bartin o Dicey partirían del dato positivo de la existencia de una pluralidad de sistemas codificados para justificarlos por la vía de un particularismo nacionalista[356], lo que supondría, en realidad, un fundamental cambio ideológico, como más adelante veremos.

---

[355] Vid. Barile *"Funciones e interpretación del Derecho internacional privado en una perspectiva histórica"* Valladolid 1965 págs. 40 y ss. -

[356]Vid. sobre este aspecto González Campos *loc .cit*. (nota 4) pág 54.-

2. La sociedad internacional de Estados civilizados. Universalismo, internacionalismo y codificación internacional.

El hecho de que en esa sociedad internacional de naciones civilizadas y de caracteres jurídicos similares, cada Estado proyectase en sus Códigos ciertas normas para la solución de los "Conflictos de leyes"[357] polarizo la atención doctrinal sobre esta cuestión y cada autor intentó abordar el método capaz de ofrecer una respuesta jurídica armónica a cuantos problemas pudiesen suscitarse en el ámbito de las relaciones privadas internacionales. Pues bien, dentro de estas corrientes científicas, caracterizadas por propugnar la acepción universal de un régimen de solución único, suelen distinguirse dos grupos doctrinales muy diferentes si atendemos a la forma en la que cada uno entendía el concepto de comunidad internacional: el universalismo y el internacionalismo[358].

2.1. El universalismo como método.

El método universal asentaría su construcción sobre la base de un modelo que podría ser descrito, en términos ideales, de la siguiente manera[359]. Comencemos tomando en consideración sus fundamentos de partida; pues bien, para los universalistas, las numerosas y activas relaciones entre los diferentes pueblos, ponían de relieve la existencia de una comunidad internacional humana. Los hombres se relacionaban en un espacio ecuménico socializando

---

[357] Téngase en cuenta que generalmente eran muy pocas las normas positivadas y que prácticamente nunca estaban articuladas en un sistema completo.-

[358] Vid. Aguilar Navarro *ob. cit.* (nota 192)Volúmen I Tomo I págs. 295 y ss.-

[359] Particularmente en cuenta hemos tenido las posiciones de Savigny en "*Sistema de Derecho Romano Actual*" Tomo VI (traducción de Mesía y Poley) Madrid s.f. segunda edición y las de Laurent y Manzini en las obras ya citadas en las notas 333, 328 y 46.-

algunas de sus relaciones en él. Pero este conjunto se subdividía en grupos sectoriales que se constituían en Estados y cada Estado poseía una legislación diferente. Por consiguiente, las relaciones que se producían en el nivel de la sociedad internacional de las personas suscitaban dudas en torno a cual debería ser el concreto Derecho positivo nacional que debía aplicar el juez que fuese llamado a conocer de un litigio de estos caracteres. Para los universalistas la clave se hallaba en enfocar el problema desde la perspectiva que ofrecía la propia ambientación de esa actividad; es decir, la que brindaba ese marco de relaciones particulares universales. Todo lo que en él sucediese debía de tener un tratamiento uniforme; lo que sólo podría lograrse a través de dos vías:

i. La de planteamientos lógicos irrefutables que conformasen técnicas aceptadas por la conciencia jurídica de la humanidad, considerada en su conjunto.

ii. La común aceptación de las soluciones que provenientes de fuentes consuetudinarias universales, ya fuesen costumbres *in fieri* o *in factum esse*[360].

Las consecuencias que se derivan de este planteamiento resultan consustanciales a sus propias premisas. Existe una comunidad de Derecho entre los distintos pueblos y un sistema consuetudinario, aceptado con carácter general, que da las pautas para la aplicación de una u otra Ley en cada caso particular. Se

[360] Savigny consideraba que estas costumbres se hallaban en formación y atribuía un importante papel a la doctrina científica. Vid. Savigny en *ob. cit.* (nota 359*)* pág. 137.-

trata, pues, de un método de marcado cuño iusnaturalista y racionalista[361]. La deducción de las normas de Derecho internacional privado de esa conciencia jurídica común y su estructuración como sistema único permitía ofrecer un esquema de preceptos universales, en cuya base, "*la decisión dictada sobre la relación de derecho sería siempre la misma, cualquiera que fuese el país en que la sentencia hubiera sido pronunciada*"[362]

Sin embargo, la operatividad del método universal encontraría un serio obstáculo en la propia doctrina universalista, ya que cada autor basaba su construcción en un "principio de validez universal" distinto. En efecto, Story -que se consideraba a sí mismo como un universalista- veía en los límites territoriales de la Ley el principio básico sobre el que reposaba la conciencia jurídica de la humanidad. Mancini, por su parte, descubriría esos cimientos en el principio de la nacionalidad y Savigny pretendería establecerlos con base en la naturaleza propia y esencial de cada relación jurídica.

La construcción más destacada de un sistema completo de Derecho internacional privado de inspiración universal la ofreció Federico Carlos Von Savigny. Lo hizo sistematizando racionalmente las aportaciones de los últimos movimientos estatutarios e intentando conciliar el sistema territorialista de Story[363] con el

---

[361] Vid. Aguilar Navarro en *ob. cit.* (nota 192) pág. 309.-

[362] Vid. Savigny en *ob. cit. (*nota 359) pág. 135.-

[363] Savigny se mostraría expresamente de acuerdo con la veracidad de los postulados de partida de Story. Vid. Savigny en *ob. cit.* (nota 359) pág. 134.-

personal de Mancini. Aunque la obra de Savigny es cronológicamente anterior a la de Mancini, hay que considerar dos datos: primero que el principio de la nacionalidad estaba vivo desde antes de que fuese formulado por el jurista italiano y que, en puridad, Mancini ya lo había formulado en 1843 en la Academia de Ciencias de Nápoles; es decir, que Savigny conocía sus planteamientos con anterioridad a la publicación del Tomo VI de su "*Sistema de Derecho Romano Actual*"[364].

2.2. La construcción de Savigny como paradigma del Derecho internacional privado contemporáneo.

La transformación más trascendente de toda la historia del Derecho internacional privado se produce a partir de la obra de Savigny y afecta decisivamente a la concepción del objeto y a la técnica para regularlo.

Para comprender bien la construcción de este jurista es preciso comenzar nuestro esquema expositivo partiendo de una serie de conceptos claves sobre sus concepciones en torno a la teoría general del Derecho. Desde las primeras páginas del Primer Libro de su "*Sistema de Derecho Romano Actual*", utiliza la distinción entre la relación de derecho y la institución, lo que se convertirá en la piedra angular de sus hipótesis sobre el conflicto de leyes:

[364] Vid. Batiffol/Lagarde *ob. cit.* (nota 269) Tomo I París 1981 págs. 274-283.-

*Para Savigny, la relación de derecho posee dos elementos, el *material* y el plástico o *formal*[365]. El primero se refiere a los vínculos que puede establecer la voluntad humana con respecto a las cosas u otras personas[366]; y el segundo viene determinado por la aprehensión jurídica de ese vínculo; es decir, el modo en el que el derecho contempla la relación generada por el sujeto con el mundo exterior.

Se trata de distinguir entre las relaciones de hecho y las de derecho. Las primeras forman parte del mundo de los acaeceres y de los comportamientos que se producen en la realidad. Si no son tomadas en consideración por las normas permanecen en el mundo de lo fáctico. Cuando aparecen descritas en un precepto y se les atribuye unas consecuencias determinadas entonces devienen relaciones de derecho.

*La "institución" por su parte, constituye el modo de expresión sistemático de las reglas jurídicas (*Rechtsregel*). Las normas son proposiciones aisladas que únicamente cobran sentido orgánico cuando se las analiza en sede del esquema que las agrupa. Es decir, en torno a los objetos sobre los que se proyectan sus respectivas acciones jurídicas, (derecho de familia, de cosas y de obligaciones, especialmente)[367]. Este conjunto de instituciones se integra, a su vez, en una estructura global que convierte al Derecho en un Sistema.

---

[365] Vid. Savigny *ob. cit.* (nota 359) Tomo I pág. 224.-

[366] Vid. Savigny *ob. cit.* (nota 359) *ibidem*.-

[367] Vid. Savigny *ob. cit.* (nota 359) págs. 230-231.-

Pues bien, toda relación de derecho obtiene su regulación a través del conjunto de normas que la contemplan en el Sistema. Si las diseccionamos en sus diversos componentes, podremos comprobar, de un lado cómo cada elemento del supuesto se integra en el ámbito de regulación de una institución distinta y, de otro cómo pone en contacto a las unas con las otras. Por consiguiente, escribe Savigny, "*cuando las instituciones de derecho se perciben aisladas, pueden ser combinadas arbitrariamente; mientras que cuando la relación de derecho se revela por los acontecimientos de la vida real, nos aparece directamente y bajo su forma concreta*"[368]. Esta distinción entre la relación jurídica y la institución (probablemente debida a la influencia de Stahl[369]), le permitirá aprehender el objeto del Derecho internacional privado desde una perspectiva diferente y nueva. Ya no se trata de preguntarse por el ámbito de eficacia espacial de las normas, ni de averiguar qué Derecho quiere la ley del foro que se aplique, de lo que se trata es de averiguar qué relaciones de derecho están sometidas, por su propia configuración, a uno u otro Derecho.

Para entender bien este diseño vamos a operar con base en una serie de datos que nos ayudarán a establecer el sentido específico que Savigny atribuye a las nociones de relación e

[368] Vid. Savigny *ob. cit.* (nota 359) pág. 27.-

[369] Sobre los avances metodológicos en este plano Vid. Wilhelm ob.cit. (nota 320) *passim*.-

institución[370]. Para él, la *relación* y la *institución* son dos instrumentos técnicos para la aprehensión de la realidad jurídica. La *institución* se integra por el conjunto de normas y principios que atienden a la regulación de unos hechos o acaeceres jurídicamente tipificados. La *relación* representaría la traducción de esos hechos en fenómenos sociales. Esta *relación*, en tanto que expresión real de lo contemplado en abstracto por la norma, sería el instrumento idóneo para conectar las distintas instituciones; ya que éstas, sin referencia a una *relación* concreta, sólo podrían articularse entre sí de un modo arbitrario. Sobre la base de hipótesis indeterminadas se pueden construir modelos de combinación normativos que actuarían sobre supuestos ideales, pero esta operación resultaría totalmente estéril y desprovista de sentido práctico. De nada nos sirve imaginar un supuesto sucesorio y buscar en su base las normas atinentes a la familia, al patrimonio o al testamento que pudieran desplegar su juego regulador sobre ese caso hipotético. El ejercicio útil se realiza cuando el planteamiento se lleva a cabo a través de un asunto que exista en realidad. En esta última hipótesis serían los hechos que verdaderamente hubieran ocurrido los que nos llevarían a las normas que los contemplan.

En palabras de Savigny: "*las instituciones de derecho forman un vasto sistema, y que la armonía de este sistema, en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede solamente darnos su completa inteligencia. Cualquiera que sea la distancia*

---

[370] Vid. Savigny *ob. cit.* (nota 359) págs. 26 y ss. donde realiza una amplia exposición en el prólogo de su concepto de institución y vuelve a insistir más adelante en varios pasajes de su obra.-

que separe la relación individual de derecho del sistema positivo de una nación, no existe entre ellos otra diferencia que la de proposición: el procedimiento en virtud del cual llega el espíritu a conocerlas es absolutamente el mismo"[371]. Dicho en otros términos, la percepción aislada de las instituciones constituye un esfuerzo teórico de nula utilidad en la práctica. Las instituciones, como instrumentos de subsunción de la realidad en el sistema, deben ser identificadas a partir del caso individual de la realidad y no viceversa. Sobre esta base, se invierte el sistema de aprehensión jurídica de los hechos sociales. En Savigny no se les considera ya como elementos pasivos sobre los que el sistema proyecta las instituciones, sino como elementos activos que, al acaecer se proyectan sobre el sistema y determinan las instituciones.

Esta forma de entender la ecuación que se produce entre la *relación* y la *institución*, convertiría a la primera en un mecanismo destinado a aproximar el derecho a la realidad social. Por esta razón, cuando se ocupa de establecer "*los limites locales de la potestad de las reglas de derecho sobre las relaciones jurídicas*"[372], considera que la *institución* no es el punto de partida adecuado para determinarlos. Las instituciones, aisladamente consideradas, no constituyen una guía fiable para la reflexión jurídica. Sólo en razón de las relaciones de derecho pueden contemplarse en su autentica

---

[371] Vid. Savigny *ob. cit.* (nota 359) Tomo I pág. 27.-

[372] Vid. Savigny *ob. cit.* (nota 359) Tomo VI Madrid 1879 págs 124 y ss.-

dimensión, es decir, en el ámbito armónico del sistema en el que se reproduce su naturaleza orgánica.

Analicemos las conclusiones que podrían extraerse de un planteamiento de estas características a la luz de un ejemplo que nos suministró la práctica española de hace medio siglo. Se trata del asunto suscitado por la sucesión de Don Amadeo T[373]. El causante era un español que había contraído nupcias con una española cuando aun era italiano y que había fallecido sin testar dejando viuda e hijos. Desde una lectura reposada de Savigny el problema podría ser analizado del siguiente modo: las instituciones que concurren a la regulación de esta relación de derecho serian las relativas al régimen matrimonial, a la filiación y a la sucesión. Si utilizamos la técnica de determinar los respectivos ámbitos de eficacia de las leyes en presencia, el primer elemento –el relativo al régimen matrimonial- quedaría subsumido en la esfera del dominio de una institución italiana y el segundo y el tercero en la de una española. Ahora bien, fuera de la armonía del sistema en el que cada una se integra, son incapaces de *reproducir su autentica naturaleza orgánica*. El régimen económico matrimonial de un

---

[373] Vid. Carrillo Salcedo quien comienza su reflexión global sobre el Derecho internacional privado analizando este caso. Vid. *"Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales"* Madrid 1971 pág. 19. En la segunda edición, Madrid 1976 pág. 19 y en la tercera, Madrid 1983 pág. 19. Entre las dos primeras ediciones se publicó en 1975 una policopiada que incorporó las reformas del Titulo preliminar del Código Civil. Esta monografía constituyo uno de los principales pilares del avance que la doctrina científica española realizó durante aquella década y contiene una línea de interpretación de Savigny similar (aunque no idéntica) a la aquí sustentada. La Sentencia del tribunal Supremo de 20 de Junio de 1962; puede verse en González Campos y Fernández Rozas *Derecho internacional privado. Materiales de practicas* Madrid 1983 págs. 317 y ss.-

italiano era a la sazón el de separación de bienes, pero allí los esposos estaban llamados a sucederse recíprocamente. En España, en cambio, el régimen legal es el de comunidad de bienes y, consecuentemente, los cónyuges no están llamados a sucederse. Pues bien, si se parte de la institución para localizar el supuesto, se puede llegar al resultado de aplicar dos instituciones pertenecientes a sistemas distintos que, al operar desestructuradamente, pierden la coherencia de la que las dota su encaje en un sistema. Por el contrario, si partimos de la relación de derecho y buscamos su sede, aplicaremos un sistema y, consiguientemente, sus instituciones en toda su dimensión orgánica.

El método de Savigny estribaría, por lo tanto, *en buscar para cada relación de derecho* (es decir, para cada supuesto de la vida real contemplado por el Derecho) *el ámbito de poder jurídico* (es decir, el sistema y no la institución ni las normas) *al que esta relación pertenezca por su naturaleza*[374]. Esta técnica de solución, al proponerse en un momento en el que, "*las leyes dictadas sobre los casos de colisión no son, en su mayor parte, más que la*

[374] "*El problema que debe resolverse respecto a las dos especies de colisión puede formularse, por tanto, del siguiente modo: determinar para cada relación jurídica el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esa relación*" El carácter abstracto del que se ha venido acusando a actualmente a la construcción de Savigny, quedaría minimizado si se atiende al siguiente pasaje: "…*el derecho local aplicable en los casos de colisión es el del lugar en el que se ha reconocido el asiento de la relación jurídica, que es preciso distinguir cuidadosamente del domicilio de la persona. Véanse ahora las relaciones de hecho que pueden servir para determinar el asiento de la relación jurídica y de entre las cuales hay que elegir en cada caso*". A continuación enumera la *lex domicilii*, el *locus rei sitae*, el *locus regit actum* y la *lex fori*. Vid. Savigny en *ob. cit.* (nota 359) las citas se corresponden con las páginas 140 y 194 del Tomo VI respectivamente.-

expresión de una teoría incompleta e insuficiente"[375], tendría una operatividad abierta, al permitir el análisis casuístico de las relaciones de derecho que suscitan colisiones.

No es este, sin embargo, el sentido final de la construcción del jurista alemán. La dualidad *relación/institución* aparece por primera vez en su obra en el "*Sistema de Derecho Romano Actual*" y si bien arranca con fuerza en el capítulo II de su Libro Primero, cuando llega al capitulo I del Segundo Libro, ha perdido impulso y se diluye en construcciones más próximas a las sustentadas en escritos anteriores sobre la institución. Desde el epígrafe titulado "*De las diferentes especies de relaciones de Derecho*" al consagrado a una "*Ojeada general sobre las instituciones de derecho*" se aprecia una clara deriva en la que se va diluyendo su idea primigenia de la noción "*relación de derecho*"[376]. En tal sentido, entendemos con González Campos que la relación en Savigny "*es, en cierta medida un "tipo ideal", producto de la reflexión científica, que sirve para reducir el fenómeno del derecho a su estado puro y sistematizarlo mejor*"[377].

La herencia de Savigny, considerada en sus resultados reales, distó mucho de suponer una ruptura con los planteamientos estatutarios ni supuso un verdadero avance en la identificación de "*factores de localización*". Sin embargo, la forma de plantear la

---

[375] Vid. Savigny *ob. cit.* (nota 359) Tomo VI pág. 200.-

[376] Vid. Savigny *ob. cit.* (nota 359) *passim.*-

[377] Vid. González Campos en "*Curso General de Derecho internacional privado*" *R.C.A.D.I.* 2002/I *passim.*-

aproximación al objeto y la construcción del "*tipo ideal*", constituyeron un rico material para el desarrollo del método. Véamos ahora la estructura global de su arquitectura resumida en torno a los siguientes puntos[378]:

i. Como hemos visto, el fundamento en el que se asienta toda su construcción estriba en la existencia de una comunidad jurídica universal. Ahora bien, esa comunidad jurídica no incluye todo el acervo normativo de todos los Ordenamientos jurídicos, sino solamente un sector de cada uno; de forma que habría que distinguir dos planos:

*De un lado el que se integra con base en una parte de la legislación estatal, que unida a los restantes sectores equivalentes de los demás Derechos particulares, forman en su conjunto una comunidad jurídica universal independiente de los Estados.

*De otro lado, el que se configura con base en una porción de cada legislación que escapa de esa comunidad de Derecho y que no puede operar nunca abstracción hecha de la esfera estatal a la que pertenece.

Por consiguiente, la disociación, *forum-ius* en el sistema de Savigny sólo puede producirse y operar en el primer ámbito.

ii. En este orden de ideas hay que destacar que una parte de la construcción de Savigny reposa en la primacía de la *le*x *fori;* ya

378 Sobre la construcción de Savigny Vid. Gutzwiller en *ob. cit.* (nota 238) págs. 353 y ss.-

que esa comunidad jurídica universal de Derecho no resulta operativa respecto de:

*Las *“leyes de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria, por lo cual no admiten esta libertad de apreciación que no tiene en cuenta los límites de los verdaderos Estados”*

* Las “*Instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no está reconocida en el nuestro, y que, por consiguiente, no puede pretender la protección de los Tribunales*.”[379]

iii. Está de acuerdo con Wächter en lo relativo a la total primacía del sistema particular de Derecho internacional privado del foro y a este respecto escribe: *“Cuando un juez encuentra resuelta por una ley de su país la cuestión de colisión, debe someterse a ella absolutamente, aunque estuviera en contradicción con sus ideas teóricas individuales., Pero la aplicación de esta regla no nos da casi ningún resultado, pues las leyes dictadas sobre los casos de colisión no son, en su mayor parte, más que la expresión de una teoría incompleta e insuficiente”* [380].

iv. Señala la necesidad de tomar en consideración la incidencia de la autonomía de la voluntad sobre la selección del Derecho aplicable a la relación, así como la íntima correlación que existe entre *forum y ius.* Refiriéndose a este punto, destacaría que:*“El*

---

[379] Vid. Savigny en *ob. cit.* (nota 359) Tomo VI pág. 140.-

[380] Vid. Savigny en *ob. cit.* (nota 359) Tomo VI pág 194.-

juez debe siempre aplicar el Derecho de su país cuando, más que del fondo del derecho, se trata de su persecución ante los tribunales, comprendiendo en ella no sólo las formas y las reglas del procedimiento dicho, sino también una parte de las reglas del derecho sobre las acciones" [381].

v. Solo a partir de aquí comienza a entrar en juego el método consistente en: *"Buscar para cada relación de derecho el dominio jurídico a que esta relación pertenezca por su naturaleza (en donde tiene su asiento)"*[382]. Savigny, como pone de relieve González Campos, se orientó "*no sólo hacia una visión conflictual del Derecho internacional privado centrada en la norma de conflicto, sino también hacia un "pluralismo de métodos" de reglamentación y de normas para el tráfico externo"* [383].

El sistema de Savigny encontraría en Von Bar[384] la proyección de su desarrollo, constituyéndose, a lo largo de más de un siglo en uno de los pilares básicos sobre el que ha reposado gran parte de la construcción del Derecho internacional privado moderno. Y es que la evolución de esta disciplina en el siglo XIX y XX ha sido sin duda, tributaria, por seguimiento u oposición, de la construcción expuesta. La transformación real del objeto ha

---

[381]Vid. Savigny en *ob. cit.* (nota 359) Tomo VI pág. 194.-

[382] Vid. Savigny en *ob.cit* (nota 359) Tomo VI pág 182.-

[383] Vid. González Campos en *loc. cit.* (nota 4). pág. 53.-

[384] Vid. Von Bar « *Theorie und Praxis des internationalen Privatrecht* » Hannover 1862 *passim*.-

incidido en la búsqueda de nuevas técnicas de solución que han determinado la "crisis del paradigma". Pero aún aceptando los términos de la crisis, es preciso tener en cuenta que muchos de los elementos que se proponen como alternativos se hallaban ya en el paradigma y que sólo necesitan ser descubiertos[385]. Como intentaremos poner de relieve en las páginas que siguen, una aproximación libre al planteamiento de Savigny permite obtener los elementos racionales más adecuados para atender a las necesidades actuales que suscita el objeto del Derecho internacional privado.

2.3. El método internacional.

El segundo de los métodos, supone una variante de la concepción universalista que parte, sin embargo, de unas premisas conceptuales ciertamente distintas. En efecto, para quienes se alinearon en esta corriente, la sociedad internacional no estaba constituida por una humanidad subdividida en núcleos sociales de carácter estatal, ni existía tal puesta en común de instituciones jurídicas a nivel universal que permitiera seleccionar la que más conviniese a la naturaleza del supuesto internacional en análisis[386].

---

[385] La "crisis "puede apreciarse, particularmente, a través de una lectura de los cursos de la Academia de La Haya durante el periodo 1960-1970. entre ellos destacaremos el de Wengler "The General Principales of Private Internacional Law" *R.C.A.D.I.* 1961 págs. 273 y ss; Reese "Discusión on major areas of choice of Law" *R.C.A.D.I.* 1964/I págs. 311 y ss; Kegel "The crisis of the conflict of Law"*R.C.A.D.I.* 1964 /II págs 95 y ss. (probablemente uno de las de mayor repercusión); Batiffol "Reflexions sur la coordination des systèmes nationaux" *R.C.A.D.I.*1967/I págs. 165 y ss; Ehrenzweig "Specific Principles on Private Transnacional Law" *R.C.A.D.I.* 1968/II págs 167 y ss; Van Hecke " Principes et méthodes de solutions des conflits de lois" *R.C.A.D.I.*1969 /I págs 399 y ss; y Cavers "Contemporary Conflits of Law in American Perspective" *R.C.A.D.I.* 1970/III.-

[386] Vid. Carrillo Salcedo en *ob. cit.* (nota 373) págs. 220 y ss.-

Por el contrario, para ellos el panorama mundial se perfilaba como el escenario en el que se relacionan los distintos poderes estatales, de forma que la colisión entre dos Derechos particulares distintos, no era, en última instancia, sino el choque entre las soberanías legislativas de los Estados a los que tales ordenamientos perteneciesen. A partir de, estos postulados, el desarrollo metodológico fue paralelo al del universalismo: existen unos *conceptos orientadores*[387] a nivel internacional de los que se puede deducir racionalmente un sistema capaz de regular tales conflictos de forma armónica. En este orden de ideas, sería fundamentalmente la sociedad internacional de Estados quien debería fijar el sistema a través de Tratados internacionales y sería misión de la doctrina científica deducir racionalmente los principios teóricos en los que se basaría la construcción.

Un ejemplo particularmente relevante de planteamiento internacionalista, nos lo ofrece la obra de Pillet[388] cuya síntesis puede encontrarse en el curso que profesó en la Academia de La Haya en 1924[389]. Sus principios básicos responden en sus líneas generales al siguiente esbozo:

i. La aplicación de las leyes extranjeras en el foro, en el caso de que resulten competentes para regular el supuesto, es obligatoria,

---

[387] Vid. Aguilar Navarro en *ob. cit.* (nota 192) pág. 306.-

[388] Vid. Pillet « Essai d'un système général de solution des conflits de lois » publicado en el *Journal Clunet* en 1894-96 (1894 págs. 417 y ss. y 711 y ss. 1895 págs. 241 y ss. 500 y ss. y 929 y ss. ; 1896 págs. 5 y ss y 294 y ss.).-

[389] Vid. Pillet en *ob. cit.* (nota 388) págs. 467 y ss.-

pues tal aplicación; es la consecuencia jurídica que necesariamente ha de derivarse del principio del respeto internacional de las soberanías.

Para Pillet, el fundamento del Derecho internacional privado se encuentra en el Derecho de Gentes y es consustancial a la concreción técnico-jurídica de la noción de soberanía del Estado. El principio del respeto a la soberanía significa el derecho a excluir toda manifestación de la soberanía de otro Estado en el ámbito de la propia; pero, por otra parte, impone también el deber de respetar las manifestaciones de soberanía de los demás.

ii. Pues bien, en el plano que nos ocupa, hay que tener en cuenta que toda norma es personal y territorial a la vez, en la medida en la que tiene una vocación simultánea de *permanencia* y *generalidad.*

*Permanencia significa que una ley *quiere* ser aplicada a todas las personas a las que se dirige (las incluidas en su ámbito de eficacia personal); lo que conlleva una nota extraterritorial intrínseca: para que se realice su vocación es necesario que pueda seguir a los sujetos a los que se refiere aunque se encuentren fuera de la esfera territorial del Estado.

*Generalidad quiere decir que las leyes tienen vocación de ser aplicadas, sin distinción, a todas las personas que se encuentren sometidas al poder de su autoridad portadora.

Ambas manifestaciones son consecuencias normales de la soberanía legislativa del Estado y, como atributos de la misma,

están recubiertas de la protección que se fundamenta en el principio del respeto internacional de las soberanías.

iii. En consecuencia, el Derecho internacional privado tendría como misión resolver el conflicto que plantea esta dualidad emanada de la plenitud de efectos de la norma. La proyección de la ley interna al plano extra-estatal requiere de una delimitación de ámbitos de eficacia normativos que evite choques en la esfera internacional. Esta necesidad va a implicar en la práctica el sacrificio alternativo de la continuidad o de la generalidad de las disposiciones en conflicto, ya que sólo la quiebra de la primera permite el juego de la segunda y viceversa. Se trata, por consiguiente, de encontrar un principio orientador clave que permita señalar los casos en los que ha de operar uno u otro de los atributos de una norma en su aplicación al tráfico externo.

Para establecer esta delimitación, va a operarse con base en una consideración de partida: el respeto a la soberanía legislativa de los Estados exige salvaguardar, en la mayor medida de lo posible, la autoridad de la ley. En la alternativa entre continuidad y generalidad (personalidad y territorialidad), se ha de procurar operar con base en *la ley del mínimo sacrificio.* Este principio orientador se concreta para Pillet en una directriz de partida: la de atender al *fin social de la ley.* Será la finalidad perseguida por cada una de las normas en conflicto la que permitirá determinar en que caso la personalidad o la territorialidad ha de primar, según sea una u otra la que constituya el vehículo más apto para desarrollar

operativamente los objetivos de política legislativa que tal precepto incorpora. De esta forma, se sacrificará la dimensión de la ley que menos influya sobre su autoridad, habiendo realizado el objetivo del mínimo sacrificio que exige el principio del respeto a la soberanía, a través de una directriz que no es puramente mecanicista.

iv. El sistema de Pillet se complementa con una cláusula de reserva a favor de la *Lex fori*, cuya formulación se enraíza directamente en los postulados básicos del internacionalismo: *Finalmente existen alguna materias para las que, por razones graves, un legislador no puede renunciar ni a la territorialidad ni a la extraterritorialidad de la ley que ha hecho* (…) *En tal caso, el juez aplicará invariablemente a los temas que se le presenten, la ley de su país*, (... ...) *El ámbito de esas leyes es el de los conflictos insolubles, solo se pueden solucionar por medio de convenciones diplomáticas. Es uno de los puntos en los que el derecho positivo ayuda a la insuficiencia de la doctrina"*[390].

En efecto, esta premisa nos lleva directamente a otra de las manifestaciones típicas de las corrientes internacionalistas: la codificación por tratados del Derecho internacional privado, entendida como un vehículo necesario para completar aquellos extremos que resultan insolubles desde una perspectiva doctrinal y para establecer sobre el acuerdo de los Estados las bases de un sistema de operatividad universal. Así en 1.873, recién creado el

[390] Vid. Pillet en *ob. cit.* (nota 388) pág. 471.-

Instituto de Derecho Internacional -concretamente en su primera sesión habida en Gante- se nombraría una comisión para estudiar este tema, fruto de la cual sería un informe elaborado por Manzini y Asser que recibió su sanción en la sesión de Ginebra de 1.874 Y cuya primera conclusión establecería que: "*El instituto reconoce la evidente utilidad e incluso, para algunas materias, la necesidad de tratados, por los cuales los Estados civilizados adoptan de un común acuerdo unas reglas obligatorias y uniformes de derechos internacional privado, según las cuales las autoridades públicas y especialmente los tribunales de los estados contratantes, debían resolver las cuestiones relativas a las personas, los bienes, las sucesiones, los procedimientos y los juicios extranjeros."*[391]

3. Las transformaciones metodológicas: del iusnaturalismo al positivismo. El proceso de racionalización del sistema.

Como pone de relieve Evrigenis[392], la evolución doctrinal en la época que acabamos de considerar se caracteriza por una afluencia de construcciones teóricas articuladas en torno a un método deductivo, cuyo punto de partida estaba constituido por una serie de principios que tenían la naturaleza -y cumplían la función- de postulados. Sin embargo, en las últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX, la metodología aplicada al estudio del Derecho internacional privado sufriría una serie de importantes

---

[391] Vid. Asser « La Codification du Droit international privé. Première conférence tenue a La Haye, du 12 au 27 septembre 1893 » Bruselas 1893 pág. 34. (Consultado en separata de la *Revue du Droit International et de législation comparée*).-

[392] Vid. Evrigenis « Tendances doctrinales actuelles en droit international privé » *R.C.A. D.I.* 1996/II pág. 409.-

transformaciones, debidas a una alteración en el objeto de análisis que puede explicarse, entre otros motivos, en función de las cuatro causas siguientes:

*La debilidad cada vez más evidente del papel desempeñado por las fuentes de origen internacional, resaltó la importancia de la función desarrollada por las fuentes de origen interno.

*La codificación, *lato sensu* entendida, dotó a cada ordenamiento jurídico nacional de un cuerpo de normas cuyo objeto era determinar el derecho aplicable a cada tipo de situaciones y re1aciones jurídicas de tráfico externo. En tal sentido, los sistemas particulares de Derecho internacional privado dejaron de ser, paulatinamente, aquella "*expresión de una teoría incompleta e insuficiente*" que había denunciado Savigny en 1.849[393].

*Comienzan a producirse una serie de decisiones jurisprudenciales en las que, además de ponerse de relieve los problemas que entraña la aplicación práctica de estas normas, se apuntan ya las soluciones particulares con las que los tribunales de cada Estado resuelven estas cuestiones. La admisión del reenvío de primer grado en el caso *Forgo* en 1.879, puede resultar un ejemplo ilustrativo.

*Por último, empiezan a manifestarse lentamente los primeros síntomas de un cambio en las concepciones jurídicas de partida y en el liberalismo que presidió la articulación de los

393 Vid. Savigny en *ob. cit.* (nota 359) pág. 194.-

textos normativos. Desde prácticamente los comienzos del siglo XX puede apreciarse ya la progresiva vocación intervencionista del Estado

En este panorama, no resulta extraño que las construcciones doctrinales abandonasen la búsqueda de postulados de validez universal y dejasen de perseguir, -al menos como fin primario para el resultado de su análisis- soluciones internacionalistas que la realidad estaba desmintiendo. La existencia de normas de Derecho internacional privado en cada sistema jurídico, aplicadas por los jueces de cada país, atrajo la atención de los juristas y la reflexión se orientó hacia las bases positivas que permitían inducir las construcciones, invirtiéndose así el sistema.

Las principales consecuencias que van a derivarse de estos planteamientos pueden resumirse en torno a los siguientes puntos:

*Los conflictos de leyes siguen significando para los autores de la época, un conf1icto de soberanías, pero las normas destinadas a resolverlos se consideran parte integrante de cada sistema nacional. Poco a poco se dejan de buscar apoyaturas en el Derecho de Gentes para fundamentar las soluciones obtenidas a través de tales preceptos[394].

*La doctrina científica centrará su atención en un estudio formal de las normas de Derecho internacional privado vigentes en cada

---

[394] Vid. Dicey "On private International Law as a branch of the law of England" *Law Quarterly Review* 1890-91.-

sistema nacional[395]; así como en un análisis sistemático de la jurisprudencia[396]. En esta línea, la estructura y funcionamiento de las disposiciones conflictuales, así como los problemas técnicos de su aplicación y el juego de los correctivos nacionales o funcionales, constituirían el objeto central de las construcciones clásicas que jalonan la primera mitad del siglo XX. En ellas, la norma de conflicto no sólo ocupa un papel central, sino prácticamente exclusivo[397] y el tríptico positivismo, método comparado y búsqueda de equilibrio entre internacionalismo y particularismo[398] sintetizan las claves de un periodo en el que, como pone de relieve Evrigenis[399] se derivaría un balance netamente positivo para el desarrollo del Derecho internacional privado, a pesar de que tales construcciones no llegasen a cuajar en sistemas de conjunto.

---

395 Vid. Bernardini "*Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*" Milan 1966 *passim*.-

396 Vid. Bartin "*Principes de Droit international privé selon la loi et la jurisprudence française* Paris tres Volúmenes editados, respectivamente, en los años 1930, 1932 y 1935, *passim*.-

397 Vid. Rabel "*The Conflicts of laws: a Comparative Study*" Michigan 1958 pág. 105.-

399 Vid. Evrigenis en *ob. cit.* (nota 392) pág. 410.-

CAPITULO VI

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
DE NUESTRO TIEMPO.

I. LA EVOLUCION DOCTRINAL DESDE FINALES DEL SIGLO XIX AL ÚLTIMO TERCIO DEL SIGLO XX.

Son muchos los cambios con los que nos vamos a encontrar en los albores de este siglo XXI; son muchas las transformaciones que ha experimentado esta disciplina en los últimos cuarenta años; y el aspecto con el que hoy se presenta y la ambientación en la que operan las soluciones del Derecho internacional privado contemporáneo son tan distintas de los que hemos visto hasta ahora, que apenas resultarán reconocibles. Sin embargo, lo nuevo –a pesar de ser nuevo- evoca prácticas antiguas. Encontraremos fórmulas que recuerdan expedientes utilizados en Grecia, en Roma o en la Edad Media; doctrinas que decantan sedimentos de la fundamentación decimonónica y métodos que, esencialmente renovados, se enraízan en técnicas señeras. En este capítulo vamos a intentar pergeñar un boceto en el que se intentará reflejar el paisaje doctrinal y positivo con el que se manifiesta hoy el Derecho internacional privado.

1. La situación del Derecho internacional privado en los dos primeros tercios del siglo XX.

Antes de abordar el origen de las mutaciones que ha experimentado el Derecho internacional privado hasta alcanzar su actual conformación, es preciso dedicar unas páginas a la descripción del modelo que se fue fraguando a partir de la obra de

Savigny y que cristalizó en un paradigma doctrinal que, en la Europa continental del oeste[400], se estabilizó durante más de medio siglo, influyendo decisivamente en su construcción positiva. Se trataba de un modelo elaborado sincréticamente y fuertemente tributario de la construcción multilateral que se desarrolló a partir del sistema de Von Savigny y de Von Bar[401].

El método multilateral, asentado sobre la norma de conflicto, se erigía como un eje central en torno al cual se agrupaban otros planteamientos distintos. El unilateralismo, el sustantivismo y el juego de los preceptos internos que se aplicaban con carácter necesario a los supuestos de tráfico externo (sin que mediase un mandato expreso para su extensión), constituían, en realidad, una variedad de elementos aplicados al buen funcionamiento de una maquinaria única. El sistema que se había consolidado en torno a lo años treinta, cuarenta, cincuenta, sesenta y setenta del pasado siglo era capaz de adaptar y asimilar cualquier nueva teoría, cualquier nueva técnica legislativa o cualquier comportamiento novedoso de la jurisprudencia. La crisis empieza a hacerse sentir a partir del inicio de la década de los cincuenta; pero lo hace de la pluma de una serie de autores renovadores que tardarán en hacer cuajar su mensaje; la doctrina tradicional integra sus construcciones diseñando una teoría en la que, como en Roma, cabían casi todos los dioses. Kegel denuncia la crisis del

[400] Vid. el trabajo de Batiffol "L'état du Droit international privé en France et dans l'Europe continental de l'ouest" *Journal Clunet* 1973 pags. 22 y ss.-

[401] Vid. González Campos "El paradigma de la norma de conflicto multilateral" en *Homenaje al profesor Menéndez* Madrid 1996 pág. 5250.-

tratamiento de los conflictos de leyes en 1964 y Batiffol en el mismo foro de la Academia de Derecho Internacional, habla del pluralismo metodológico nueve años después y lo describe ayuno de elementos de riesgo, en relación con el núcleo esencial en el que se fusionaban las demás técnicas[402].

1.1. Hacia la bilateralización de las normas de conflicto y la consolidación del multilateralismo como técnica de base.

La máxima consistente en *buscar para cada relación de derecho el ámbito jurídico al que pertenezca por su naturaleza* fue imponiéndose lentamente. Las normas de conflicto unilaterales[403], destinadas a establecer los supuestos en los que debe aplicarse la ley del foro por los tribunales de la nación fueron recibiendo una interpretación bilateralizada en línea con el apotegma de Savigny.

Nuestro Código Civil en su primera redacción de 1889 establecía en su artículo noveno que "*Las Leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en el extranjero.*" La formulación respondía a todas las características de una norma de conflicto unilateral y no suponía un cambio innovador en el sistema estatutario seguido hasta al momento. La

[402] Vid. Kegel "The Crisis of Conflicts Laws" *R.C.A.D.I.* 1964/II págs. 95 y ss.; y Batiffol "Le pluralisme de méthodes en Droit international privé » *R.C.A.D.I.* 1973/II Seis años antes había planteado sus tesis en el curso también profesado en la Academia: "Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux » *R.C. A.D.I.* 1967/I págs 165 y ss. *passim*.-

[403] La norma de conflicto unilateral constituye la técnica más enraizada en la doctrina estatutaria. El legislador enumera en el supuesto de hecho del precepto el grupo de instituciones o disposiciones jurídicas a las que se refiere la disposición y, a continuación, establece en qué circunstancias quiere ver aplicada la *lex fori* a las situaciones de tráfico externo de esa naturaleza.

sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de uno de abril de 1930 afirmaba que lo esencial de lo que disponía aquel precepto, ya se estaba aplicando desde 1.870 ”*por proceder de la teoría de los Estatutos*”. Y era cierto. Las materias englobadas en su tenor, recogían el ámbito clásico del estatuto personal y le daban la solución que hemos visto preconizada por las doctrinas europeo-mediterráneas del "nacionalismo". De donde van a provenir las novedades será de su juego en la praxis jurisprudencial. Al principio el juzgador se queda en un análisis literal de su tenor "*Este artículo se limita a declarar los derechos y deberes de los españoles en cuanto a la familia, estado, condición y capacidad legal, aun residiendo en país extranjero, sin establecer nada respecto de los extranjeros*; (...)"[404]. Y en puridad así era. La determinación de los estados civiles de los no nacionales no venía contemplada en la norma; en rigor, para resolver ese problema se hubiese requerido de otra disposición complementaria que lo hiciese. Por esta razón, el Tribunal Supremo en la misma sentencia a la que acabamos de referirnos añadiría que *"... y aun admitiendo como regla de Derecho internacional privado la de que los derechos de familia han de regirse por la ley personal, es preciso, para obtener la aplicación en España de Leyes de otro país, que se justifique en el juicio lo que la jurisprudencia del mismo tenga establecido...*" El razonamiento de nuestro Alto Tribunal a inicios del siglo XX (1.904) es impecable y empieza marcar la senda de

[404]Vid. la *sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1904*.-

una labor de integración que aún no se bilateraliza pero desbroza el camino.

La regla del artículo 9 del Código Civil servía para saber cuando se aplicaba la ley española (dimensión interna del unilateralismo). Pero para saber cuando se aplicaba una Ley extranjera en España era precio averiguar cuando esa Ley foránea quería ser aplicada y para ello era necesario probar al magistrado que ese Derecho extranjero "deseaba" realmente regular un caso de las características presentadas por el que se estaba juzgando (dimensión externa). Sin embargo, estos planteamientos se disiparon enseguida. En 1927 el Supremo atemperaría la postura inicial, para mantener la tesis de que todas las materias reguladas en este artículo del Código se regían por el llamado estatuto personal, doctrina aplicable, por un necesidad de interpretación natural y por jurisprudencia repetida y práctica constante a los extranjeros en España "*...y, por consiguiente, si la Ley nacional de éstos no exige la licencia o consejo paternos, no procede la justificación de este requisito...*"[405]. La dimensión externa (el cuándo se aplica la Ley extranjera en España) ya no depende tanto de la vocación que manifieste el Derecho foráneo para regular el supuesto, sino del hecho de que se trata de un cuestión inscrita en el "estatuto personal" y que, por lo tanto, se rige por la ley nacional del sujeto.

Llegados a este estadio evolutivo la regla del artículo nueve alcanza un carácter sinalagmático y se transforma en una nueva

[405]Vid. la *sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1927.-*

disposición. Cuando la Ley 3/1973 de 17 de marzo modifica el Título Preliminar del Código Civil esta norma recibe una nueva redacción; pero es lo único que se modifica en ella es su texto; el nuevo tenor no hace sino positivar lo que los jueces llevaban aplicando desde hacía más de medio siglo. En realidad durante la etapa anterior ya se consideraba que "*La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad.* [y que] *Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil...*".

El proceso descrito no constituyó una particularidad especial de nuestro Sistema jurídico, sino que configuró el derrotero de una deriva generalizada en el continente europeo. Esta bilateralización (multilaterización, en puridad[406]) cambió drásticamente el modo de entender las cosas. Lentamente, pero de forma inequívoca, se fue olvidando el fundamento estatutario y comenzó a adoptarse un punto de vista diferente a la hora de legislar en Derecho internacional privado. La capacidad de un español se rige por la ley española y a la determinación de la capacidad de un francés se debe aplicar la ley francesa. Y ello porque la ambientación natural de este instituto encuentra su sede lógica en el dominio del ordenamiento al que se vincula primariamente el sujeto. Estudiando

[406] Vid. Carrillo Salcedo "*Derecho internacional privado...*" *ob. cit.* (nota 2) Desde la primera edición de esta obra, -y aunque considera que la terminología acuñada debe respetarse- expone que los términos "norma de conflicto" y "método bilateral" no reflejan bien la noción que incorporan y entiende que su auténtico significado lo darían expresiones tales como "norma de atribución" (por cuanto, en puridad, no existe una colisión previa que resolver) y método multilateral (por cuanto no se trata de la puesta en común de sólo dos ordenamientos). Véanse en especial las páginas 73 y ss. de la edición citada.

a fondo los elementos que integran la economía interna del concepto “capacidad de obrar”, se llega a la conclusión de que la nacionalidad es el mejor índice para establecer la sede del instituto. En otras palabras, cada Ordenamiento conoce mejor las características que definen a sus destinatarios primarios y ha determinado, en su base, cuando esas personas alcanzan la aptitud para poder configurar relaciones jurídicas válidas. En consecuencia la ley en la que se ambienta (en la que tiene su sede) ese estado civil de la persona debe ser, lógicamente, la determinada por su nacionalidad[407].

Este es el punto de partida de la construcción multilateral. Se trata de buscar en la economía interna de cada situación o relación de derecho, el elemento que constituye su factor determinante –la pieza esencial de su arquitectura- para convertirlo en “*punto de conexión*”, en el instrumento de localización, o índice que nos permitirá determinar, en su base, la sede jurídica adecuada en la que cada relación de derecho debe encontrar su regulación natural[408]. Si la “responsabilidad extracontractual” establece una relación jurídica obligatoria entre el que causa un daño y aquel que lo sufre, parece coherente entender que la piedra angular de este instituto viene constituida por el daño. Luego la *lex loci damni* constituye la conexión que liga a esa relación de derecho con un Ordenamiento

[407] Vid. Mancini en *loc. cit.* (nota 333) Defendía esta tesis basándose en que la madurez en los países mediterráneos se alcanza antes que en otros lugares cuyas condiciones climáticas y geográficas retrasan más la sociabilidad de los individuos.-

[408] Vid. De Angulo Rodríguez “Objeto, contenido y pluralidad normativa en Derecho internacional privado” *R.E.D.I.* 1970 págs. 745 y ss.-

concreto. Así el artículo 10. 9 del Código Civil incorpora una norma de atribución en cuya base "*Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde haya ocurrido el hecho del que deriven*".

A partir de aquí la reflexión doctrinal se centra en el estudio y disección de la norma de conflicto. Se analiza cómo se selecciona el supuesto, cómo debe formularse, que alternativas se le ofrecen al legislador, cómo se escoge el punto de conexión adecuado, cómo puede combinarse, alternarse, buscar remisiones especiales o prever factores subsidiarios, cómo se califica el supuesto, cómo se resuelve un conflicto de calificaciones, si debe aceptarse el reenvío, cómo se resuelve la remisión a un sistema plurilegislativo, cuál debe ser el alcance del orden público y un largísimo catálogo de problemas de construcción, aplicación y excepciones que constituyeron durante muchas décadas los objetivos que polarizaron la reflexión doctrinal. Predominantemente centrada en la técnica conflictual descrita y operando sobre la base de un método normológico de análisis, prevaleció sobre otras construcciones que prácticamente pasaron desapercibidas o, como en el caso del unilateralismo se las calificó de "error recurrente"[409].

---

[409] Resulta paradójico que, en el ámbito del Derecho Penal, los análisis de la estructura y finalidad de las normas que fueron realizados por autores como Binding o Welzel penetraron en los textos positivos y en la jurisprudencia con naturalidad, mientras que en el Derecho internacional privado su recepción ha encontrado una resistencia mucho mayor. Compárese, por ejemplo, la estructura del "*Tratado de Derecho Penal*" de Maurach, Barcelona 1962, en especial págs. 258 y ss. con las del curso de Maury "Règles générales des conflits de lois. Contribution a la technique du Droit international privé" *R.C.A.D.I.* 1939/IV págs 5 y ss.-

Esta situación aparecía –y se entendía- consolidada en los años sesenta del pasado siglo. Con un linaje que se engrandecía en el origen doctrinal savignyniano y en una ilustre saga de juristas que habían continuado y acrecentado la labor del maestro prusiano, las normas de Derecho interno de aplicación inmediata o necesaria se identificaban con aquellas "*leyes de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria, por lo cual no admiten esta libertad de apreciación que no tiene en cuenta los límites de los verdaderos Estados*"[410]. Tampoco las normas materiales especiales constituían una alternativa que pudiese rivalizar con la técnica de atribución; eran elementos normativos auxiliares que cumplían una función útil dentro del bilateralismo o que regulaban sectores que, como la nacionalidad o la extranjería, muchos negaban que formasen parte del contenido de la disciplina. Esta concepción queda perfectamente resumida en una cita de Carrillo Salcedo: "*Pero esta visión plural de las normas de que se vale el Derecho internacional privado estaba ya claramente aceptada en la doctrina, aunque de un modo u otro, sin embargo, se consideraba de un forma hasta cierto punto jerárquica en el sentido de que se partía de la función principal de la norma de conflicto y de la función meramente auxiliar, complementaria, de las restantes normas de Derecho internacional privado*"[411].

[410] Vid. Savigny en *loc. cit.* (nota 359) págs. 142-143.-

[411] Vid. Carrillo "*Derecho internacional privado...*" *ob. cit.* (nota 2) pág. 81.-

1.2. La crisis y sus causas.

En realidad la crisis había empezado mucho antes de lo que se hizo notar y, desde mucho antes, se encuentran testimonios que la denuncian[412]. El problema ya no era la aceptación o el rechazo de un pluralismo de técnicas de regulación para los supuestos de tráfico externo[413]. Lo que se impugnaba era la capacidad de la norma de conflicto para expresar unos valores razonables y para desarrollar una función reguladora satisfactoria[414]. En los comienzos del cambio pueden apreciarse esfuerzos integradores, como ya hemos señalado. La labor de Batiffol fue muy importante y creó una escuela fuerte en el occidente continental europeo que aceptaba el pluralismo metodológico, sentaba las bases de su coordinación y consideraba que no existían razones suficientes para detectar una incompatibilidad entre ellas[415]. En España mientras Remiro Brottons dibujaba la crisis en los términos de una norma de conflicto-fortaleza que era asediada por las nuevas técnicas normativas[416], Pérez Vera proponía una progresión intelectual

---

[412] Vid. por ejemplo el trabajo de De Nova "Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international » en *Revue Critique* 1948 págs.179 y ss.-

[413] Téngase en cuenta que el problema del pluralismo metodológico se vinculó durante cierto tiempo al problema del contenido del Derecho internacional privado. De acuerdo con la concepción estricta, el objeto al que debería dedicarse el análisis doctrinal del Derecho internacional privado debía circunscribirse a las normas de conflicto. Las otras disposiciones regulaban aspectos que escapaban al contenido propio de esta disciplina.-

[414] Vid. Evirigenis *loc.cit* (nota 392) págs. 330 y ss.-

[415] Vid. Batiffol *loc. cit.* (nota 402) págs. 165 y ss y Carrillo Salcedo « *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*" Madrid 1983 *passim*.-

[416] Vid. Remiro Brottons "Reglas de conflicto y normas materiales en Derecho internacional privado" *Temis Simbolae García Arias* Zaragoza 1973/74 págs. 607 y ss.-

basada en la colaboración[417]. Su técnica puede resumirse del siguiente modo: Al analizar un supuesto de tráfico externo primero se averigua si alguna disposición interna se aplica con carácter necesario a algún componente del supuesto[418]; después se comprueba si algún elemento del caso queda directamente regulado por las disposiciones sustantivas (normas materiales especiales de Derecho internacional privado[419]) y, a continuación se procede a la aplicación de la norma de conflicto bilateral para regular en su base los restantes aspectos.

Pero en la década de los ochenta la preocupación por el pluralismo metodológico cede ante el rebrote del unilateralismo y ante la preocupación por depurar al método multilateral de sus disfunciones y restituirle un papel destacado en los mecanismos de reglamentación del tráfico privado internacional. La tesis

---

[417] Vid. Pérez Vera "*El Derecho del foro ante el método de atribución:Reflexiones en torno a su juego prioritario*" Estudios de Derecho internacional público y privado. Libro homenaje al profesor Sela Sempil Oviedo 1970 págs 917 y ss.

[418] Sobre la distinta terminología y contenido conceptual que se atribuye a estos preceptos Vid. De Nova "Conflits de Lois et normes fixant leur prope domaine d´application" *Melanges Maury* Volúmen I Paris 1960 págs 377 y ss. ; Francescakis "Lois d´application inmediate et règle de conflit" en *R.E.D.I.P*. 1967 págs 691 y ss. ; Karaquillo «*Etude de quelques manifestation des lois d´application immédiate dans la jurisprudence française de Droit international privé* » París 1977 *passim* ; Ekk « Peremptory Norms and Private International Law » en *R.C.A.D.I.*1973/II págs. 9 y ss. ; Mayer « Les lois de police etrangeres » *Clunet* 1981 págs. 277 y ss.; y González Campos en « Nota sobre la sentencia Benedicto c. Barquero de 15 de Abril de 1966 » *R.E.D.I.* 1967 págs 307 y ss.-

[419] Vid. Von Oberveck "Les règles de droit international privé matériel" *Melanges Kollewinj-Offerhaus*, Leiden 1962 págs 362 y ss.; Simon Depitre « Les règles matérielles dans les conflits de Lois » *R.C.D.I.P.* 1974 págs 591 y ss.; Loussouarn « Cours général de droit international privé » *R.C.A.D.I.* 1973/II págs. 292 y ss. ; Miaja de la Muela « Las normas materiales de Derecho internacional privado » *R.E.D.I.* 1963 págs. 435 y ss.; y Wengler "The General Principles of Private International Law" *R.C.A.D.I.* 1961/III págs. 296 y ss.-

unilateralista, nutrida en cierta medida por la recepción de las corrientes norteamericanas, no consigue consolidarse en la doctrina científica continental, salvo en el caso de algunas excepciones -a las que se deben aportaciones notables[420] o en la aceptación de un unilateralismo parcial como explicación teórica del fenómeno de las normas de aplicación inmediata[421].

La revisión del multilateralismo se vuelca en la eliminación de todo componente maquinal en la aplicación método. Para ello se propondrán soluciones destinadas a flexibilizar la localización[422] y a la incorporación de valores en unos preceptos que se consideraban intrínsecamente neutros y, por lo tanto, poco aptos para desarrollar objetivos de justicia. Para ello se buscarían instrumentos que permitiesen orientar materialmente los resultados de la regulación[423] y mejorar así su capacidad de respuesta.

---

[420] Vid. Gothot "Le renouveau de la tendance unilatéraliste en Droit international privé » *R,C.D.I.P*. 1971 págs 1 y ss. 209 y ss. y 415 y ss. y la construcción global de Stalev en "Nature et Fonction du Droit international privé" *Nouka i iskuostova*. Sofía 1982. Cfr la recensión en *Clunet* 1983 págs 228.-

[421] Hay que tener muy en cuenta la defensa de un unilateralismo parcial en autores como Francescakis, Vid. "Conflits de lois (principes generaux)" en *Encyclopédie Juridique Dalloz, Repertoire de Droit international* Paris 1967/I págs. 470 y ss. en especial la pág 483.-

[422] En este aspecto hay que destacar la importantísima aportación de Lagarde en su curso "Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain » *R.C.A.D.I.* 1986/I págs. 11 y ss.-

[423] Vid. Patocchi "*Régles de rattachement localisatrices et réglés de rattachement á caractére substanntiel* » Ginebra 1985 *passim*. Sobre las corrientes con este tipo de caracteres Vid. Audit « Le caractére fonctionnel de la régle de conflit (sur la crise des conflits de lois) » *R.C.A.D.I.* 1984/III págs. 219 y ss. ; Juenger « General Course on Private internatinal Law » *R.C.A.D.I.* 1985/IV págs. 131 y ss y Loussouarn en « La reglé de conflit est-elle neutre ? » *Travaux du Comité Français de Droit international* 1980-81 págs. 43 y ss.-

2. Una revisión de los planteamientos de Von Savigny.

Nos centraremos en el análisis de las contribuciones de un sector de la doctrina científica española para desarrollar este apartado. El primer puntal en el que apoyaremos las reflexiones anotadas en este epígrafe vendrá dado con base en el pensamiento de González Campos, utilizando para ello los trabajos reseñados a lo largo de esta memoria doctoral -y en particular la aportación con la que colaborase en el Libro Homenaje al profesor Menéndez[424]-, donde ha descrito brillantemente la conformación del paradigma multilateral y su crisis. El segundo pilar que utilizaremos será el que nos suministran las tesis sustentadas por Carrillo Salcedo y Pérez Vera, en especial en lo relativo a la técnica de análisis jurisprudencial del primero y a la preocupación por los intereses presentes en la regulación del tráfico externo de la segunda[425]. El tercero y último vendrá constituido por los análisis efectuados por Espinar Vicente y Sánchez Lorenzo a lo largo de una serie de contribuciones, de entre la que destacaremos las contenidas en los "*Ensayos*"[426] del primero y en el artículo sobre el postmodernismo y Derecho internacional privado del segundo[427].

Pero repasemos antes las claves del pensamiento de Savigny. Su construcción había partido de la distinción entre el elemento

---

[424] Vid. el trabajo citado en nota 417 anterior, *passim*.-

[425] Vid. Pérez Vera "*Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho internacional privado*" Granada 1973 *passim*.-

[426] Vid. "*Ensayos...*" en *ob. cit.* (nota 239) en especial págs. 45-92.-

[427] Vid. Sánchez Lorenzo "Postmodernismo y Derecho internacional privado" *R.E.D.I.* 1994 págs. 557 y ss.-

material y el elemento plástico o formal de la relación jurídica y contrastaba claramente en los inicios de su obra la diferenciaba entre las relaciones de hecho y las de derecho. Las primeras pertenecían al mundo de lo real y las segundas eran la recepción de las primeras en el universo de lo jurídico. A partir de allí abordaba el polisémico concepto de institución jurídica[428] y diseccionaba en dos la forma de aprehenderlo. Por una parte se podía partir de una *relación de derecho hipotética* y agrupar en su torno al conjunto de normas que la contemplaban en el Ordenamiento. Por otra, se podía tomar una *relación de derecho real* y construir la institución que lo regulaba mediante la suma de preceptos que atendían a su reglamentación. La primera sistematización podía llevar a resultados arbitrarios y ofrecía una escasa utilidad práctica; mientras que la segunda opción; es decir "*cuando la relación de derecho se revela por los acontecimientos de la vida real*" hace que la institución nos aparezca "*directamente y bajo su forma concreta*"[429].

La necesidad de entender de esta forma el concepto de institución se explica por cuanto, tanto para Stahl como para Savigny, "*En el interior del sistema estaban las instituciones en continua acción recíproca. Una institución necesitaba a la otra, una se apoyaba o se transformaba en otra, y de este concurso*

---

[428] Vid. sobre este aspecto Calvo Gonzáles "*La institución jurídica*" Málaga 1986.-

[429] "*Cuando las instituciones de derecho se perciben aisladas, pueden ser combinadas arbitrariamente; mientras que cuando la relación de derecho se revela por los acontecimientos de la vida real, nos aparece directamente y bajo su forma concreta*". Vid. Savigny *ob. cit.* (nota 359) Tomo I pág. 27.-

nacían a su vez otras instituciones. Las relaciones y las instituciones jurídicas se producían unas a otras. El sistema era productivo"[430]. Esta cita de Wilhelm sintetiza claramente la base del pensamiento de Savigny y nos permite entender claramente el sentido auténtico del giro copernicano que constituye la construcción en análisis. Concretamente: los supuestos de la vida real no se regulan a través de normas aisladas. La reglamentación nace del concurso interactivo de las instituciones. Es el Sistema en su conjunto el que genera para cada caso concreto una respuesta específica (combinando instituciones, apoyando unas en otras o haciendo nacer otras nuevas). En consecuencia, desde esta óptica y a nivel de Derecho internacional privado, no tiene sentido detenerse a estudiar el ámbito de aplicación territorial o personal de los preceptos para resolver las colisiones que provocan los conflictos de leyes. Lo que importa es saber cuál es el Orden jurídico en el que debe gestarse la respuesta para el problema de tráfico externo que se nos presenta. Lo que se debe hacer es "*Buscar para cada relación de derecho el dominio jurídico á que esta relación pertenezca por naturaleza (en donde tiene su asiento)*"[431]. Si traducimos la expresión "*dominio jurídico*" por Sistema de Derecho y aprehendemos la noción de "*relación*" desde la perspectiva que nos ofrece la dimensión de su "*elemento material*" habremos obtenido la premisa mayor del paradigma.

---

[430] Vid. Wilhelm ob.cit. (nota 320) pág. 51.-

[431] Vid. Savigny *ob. cit.* (nota 359) pág. 187.-

El problema comienza a suscitarse en la propia obra de Savigny. Resulta innegable que los elementos de la premisa que acabamos de sintetizar resultan claramente expuestos en su "*Sistema de Derecho Romano Actual*"; pero tampoco resulta menos cierto que su autor no les guarda una excesiva fidelidad. A medida que va avanzando su discurso se van diluyendo. La relación de derecho material se funde con la expresión formal de su traducción jurídica y las instituciones nacidas a partir de supuestos reales se tornan en abstracciones doctrinales. Una lectura particularmente atenta y minuciosa de su obra permitiría atemperar unas inconsistencias que, probablemente, sean mucho menores de lo que reflejan sus primeras lecturas. Ahora bien, su incontestable existencia dio pie a interpretaciones que se fueron alejando gradualmente del modelo y provocaron un alejamiento sustancial de las premisas que fundamentaban el paradigma. Las distintas escuelas que desarrollaron la construcción original acabaron diseñando un mecanismo de localización basado en los caracteres abstractos de unas "*relaciones-tipo*".

3. El modelo resultante y su crisis.

En las páginas precedentes hemos tenido ocasión de describir en abstracto el proceso de positivación de las normas de conflicto multilaterales y para ello utilizamos, entre otros ejemplos, el del razonamiento que podía llevar a la formulación de una disposición relativa a la localización de la responsabilidad por daños. Constituye, ahora, una buena muestra para comparar el

método de Savigny con la cristalización legislativa de la técnica multilateral, con las críticas que comenzaron a surgir a partir de la segunda mitad del pasado siglo y con las soluciones que, desde entonces, se vienen proponiendo. Vamos a intentar desarrollar estos cuatro tópicos sobre la base de una norma de conflicto ideal que dijese "*Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho del que deriven*"[432].

3.1. Un ejemplo de cristalización legislativa de la técnica multilateral.

Como expusimos en el apartado 1.1. de este epígrafe, esta disposición se fundamenta en el hecho de que el legislador ha considerado que el centro de gravedad de las relaciones nacidas del cuasi-delito se sitúa en el hecho dañoso. Para ello ha partido de un tipo abstracto "obligaciones no contractuales" que se corresponde con una noción jurídica precisa y que se entiende de un modo muy concreto; estas obligaciones *"...requieren, para ser exigidas en vía civil, no sólo la realización del acto ilícito o que se de la omisión de la diligencia debida, sino, además, la demostración de que, por virtud de tales actos u omisión, ha sobrevenido daño o perjuicio a determinada persona..."*[433].

Queda claro que el daño o perjuicio es lo fundamental para que pueda aplicarse el artículo 1902 del Código Civil; ergo, si lo

[432] Se trata del artículo 10 párrafo noveno del Código Civil; pero lo vamos a considerar como una abstracción que se limitase a consagrar la regla *locus damni*, sin entrar a considerar aquí –por no ser esta la sede adecuada- otras interpretaciones que la doctrina española ha dado al precepto.-

[433]Vid. la *sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1943*.-

que estamos buscando es la sede jurídica de aquellas relaciones de tráfico externo que hayan nacido a consecuencia de una obligación contraída sin convenio, no debe de cabernos duda de que ésta se halla en donde se produce el elemento que la caracteriza: "*el hecho del que deriven*". Desde una perspectiva particularista el razonamiento es absolutamente correcto.

Pero es que además, el legislador tiene presente con Ulpiano que "*Juris preacepta sunt haec; honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*" y considera que el *alterum non laedere* es una regla de valor universal y que por lo tanto apoyar en el *locus damni* la construcción de la norma de conflicto, cumple con los requisitos que exigen los principios universalistas. Todo sistema civilizado debe prever disposiciones destinadas a sancionar el principio de no perjudicar a otro y si el perjuicio se identifica con un daño, el lugar donde este acaece constituye, sin duda, el dominio jurídico en el que toda relación de derecho nacida de este principio tiene su sede natural. La lógica interna del sistema se corresponde con una lógica universal y si todos los sistemas la aplicasen –como así debe presumirse- todo el que infringiese un mal a otro respondería con base en la misma Ley, con independencia del lugar en el que fuese juzgado. Se cumpliría así uno de los objetivos que caracterizan al universalismo: *Diversitas fori non debet meritum causae vitiare*[434].

[434] Sobre el sistema clásico del funcionamiento multilateral, Vid. el excelente curso de Lewald "Regles générales… "*loc.cit* (nota 7) en especial págs. 11 y ss.-

Durante gran parte del siglo XX se entendió que el legislador que hubiese seguido, de forma consciente o inconsciente, todos los pasos de este proceso intelectual habría estado aplicando correctamente una técnica profundamente enraizada en el camino abierto por la construcción de Federico Carlos de Savigny.

3.2. Unos ejemplos jurisprudenciales que alentaron la crítica al método multilateral y algunas consecuencias doctrinales que de ello se derivaron.

Dos casos de la práctica anglosajona pusieron de manifiesto ciertas grietas en el edificio del paradigma. El asunto Boys *versus* Chaplin y el de Babcock contra Jackson hicieron tambalear el pedestal doctrinal de la regla *lex loci damni*. Ambos se referían a la responsabilidad civil derivada de sendos accidentes de circulación. En el primer caso se trataba de dos militares británicos que durante su destino en una base extranjera y en el curso de un desplazamiento, sufrieron un percance en el que el pasajero de favor resultó herido. En el segundo se litigaba sobre un supuesto de responsabilidad civil derivada de otro accidente de tráfico. Dos personas residentes en Estados Unidos efectuaban una excursión de fin de semana a Canadá en el curso de la cual sufrieron un percance en la carretera que causó determinadas lesiones a la demandante.

Los presupuestos eran similares. En ambos casos las partes poseían una nacionalidad, un domicilio y una residencia habitual que les eran comunes; en ambos casos toda la ambientación social de los protagonistas se vinculaba a un entorno compartido; en los dos casos las consecuencias del perjuicio iban a desarrollarse en un

medio diferente al lugar del hecho dañoso (siendo, a su vez, el entorno común del actor y la victima). Las decisiones que pusieron fin a los dos asuntos se fundamentaron en la búsqueda de una "*proper law of the tort*"[435], que llevó a la aplicación de la ley del entorno vital común de las partes, orillando la aplicación de la regla tradicional que, basada en la conexión "*lex loci damni*", hubiese llevado a dar entrada al juego a las normas de un Sistema que sólo se vinculaba circunstancialmente con el supuesto. La solución que recibieron estos asuntos despertó un gran interés doctrinal en el continente europeo y abrió un periodo marcado por dos signos: de un lado, el de la necesidad de comprender mejor las técnicas anglo-americanas[436] y, por otro lado, el que supuso la tarea de recomponer, a través de la autocrítica, los elementos más deteriorados del edificio continental[437]. Y se inció el proceso deconstructivo que señalase Sánchez Lorenzo[438].

---

[435] Desde los años cincuenta un sector doctrinal abogaba por este tipo de soluciones. Vid. Morris "The Proper Law of a Tort" *Harvard Law Review*, abril 1950 págs. 881 y ss.; y Binder "Zur Auflockerung des Deliktsstatus" en *Rabels Z.* 1955 págs. 458 y ss.-

[436] Los datos y consecuencias de esta aproximación al área anglosajona pueden verse en Hannotiau "*Le Droit internacional privé americain*" Paris 1979 (Vid. en especial bibliografía alli citada); Juenger "American and European Conflict Law" *A.J.C. L.* 1982 págs 117 y ss. y en Vitta " The Impact in Europe of the American Conflicts Revolutions" *A.J.C.L.* 1982 pág 1 y ss.-

[437] Entre las aportaciones en las que se contenía el germen de estos planteamientos Vid. Bernardini "*La produzione di norme giuridiche mediante rinvio*" Milan 1966 *passim*; Biscontini "*Osservazioni sulla funzione delle norme di Diritto internazionale privato" Ius* 1941 pág. 456; Cansacchi "Le choix et l´adaptation de la régle étrangère dans le conflit de lois » *R.C.A.D.I.* 1953/II pág. 11 y ss.; Kisch « La loi la plus favorable. Reflexions á propos de l´article 9 (3) 2 de la loi uniforme Benelux » *Ius et Lege. Homenaje a Gutwiller* Basilea 1959 págs. 373 y ss.-

[438] Vid. Sánchez Lorenzo en *loc. cit.* (nota 426) *passim*.-

El contraste entre la aplicación de la "*ley del lugar del hecho dañoso*" y la aplicación de la "*ley más adecuada a la naturaleza del perjuicio*" arrojaba un claro balance a favor de la segunda opción. El problema se agravaba por cuanto se consideró que ese resultado eficiente podía proyectarse sobre la mayoría de las instituciones. Y, sobre esta constatación se inició la autocrítica. El primer eslabón en la cadena de reproches se articula con base en una constatación: cuando se opera con base en el *género* (las obligaciones no contractuales, verbigracia) es más que probable que los resultados no sean capaces de satisfacer las exigencias de regulación de los *casos particulares* que se incluyen en ese *género* (el asunto Babcock *versus* Jackson, por ejemplo). La segunda anilla se engarza perfectamente con la anterior; cuando el factor de localización de la norma de conflicto se selecciona atendiendo a las características generales de un "*tipo jurídico abstracto*", es muy posible que pierda las bases de su razonabilidad cuando tenga que aplicarse a un caso específico. Por lo tanto, si se escoge un punto de conexión entre los elementos de un prototipo jurídico ideal, no se conseguirá garantizar la aplicación de una ley verdaderamente adecuada a la naturaleza de cada una de las relaciones de derecho que resulten subsumibles en el presupuesto de una norma de atribución así construida.

La característica esencial de la "*relación de derecho*", entendida como categoría jurídica (propiedad, contratos o sucesiones), únicamente sirve para proporcionar una pauta genérica e imprecisa para determinar la ley aplicable. Sólo cuando la

aplicación de un determinado Derecho a un determinado supuesto responda a un planteamiento objetivo –que resulte racionalmente verificable- puede justificarse el equilibrio entre los intereses de los ordenamientos conectados al asunto y conseguirse, al mismo tiempo, un resultado más justo[439]. El análisis de cada supuesto específico es la verdadera clave para la determinar el ordenamiento realmente competente.

En definitiva, como expresa Espinar Vicente, en todas las construcciones que participan de estos caracteres subyace la idea de que "*en la medida en la que se vayan resolviendo los problemas que genera el automatismo de una mecánica conflictual esclerotizada, se irá reduciendo a sus justos términos la dinámica paralela que tiende a corregir los desequilibrios funcionales que su estado actual provoca. De ahí que los estudios de esta década proyecten preferentemente su atención hacia las soluciones legislativas y los comportamientos jurisprudenciales más recientes, buscando formulas superadores del* –que era entonces- *actual funcionamiento del método multilateral*" [440].

---

[439] Vid. Lagarde en *loc. cit.* (nota 421) pág. 29.-

[440] Vid. Espinar Vicente « *Curso de Derecho internacional privado español* »Madrid 1991Volúmen I pág 117. Sobre este aspecto puede consultarse la bibliografía allí citada y en especial : Von Overbek "Les questions générales du Droit international privé a la lumière des codifications récents » *R.C.A.D.I.* 1982/III págs. 23 y ss., el Curso de Parra –Aranguren « General Course of Private international Law. Selected Problems » *R.C.A.D.I.* 1988/III págs. 25 y ss.; y la obra de Vassilakakis "*Orientations méthodologiques dans les codifications récents du Droit international privé en Europe* » Paris 1987 *passim*.-

3.3. El método de Savigny, la técnica multilateral y la crisis del paradigma.

En realidad si establecemos la correlación anunciada: método de Savigny, cristalización positivada del multilateralismo y crítica del modelo, la figura ideal resultante podría representarse a través de un círculo. Los embates que recibe el modelo lo que hacen, en realidad, no es sino recrear el edificio "savignyano" depurándole de añadidos posteriores. La búsqueda de nuevas soluciones se produjo de tal manera que parece más bien un paso atrás que un salto hacia delante.

En páginas anteriores, concluíamos nuestro análisis sobre la construcción del maestro alemán formulando una hipótesis a modo de conclusión: Si traducimos la expresión "*dominio jurídico*" por "*Sistema de Derecho*" y aprehendemos la noción de "*relación*" desde la perspectiva que nos ofrece la dimensión de su "*elemento material*" habremos depurado la auténtica esencia y sentido de la premisa mayor del paradigma.

Pues bien, vamos a partir de ella y vamos a ponerla en relación con la construcción de Lagarde y su "*principio de proximidad*"; [el cual constituye, tal vez, el modelo más perfecto y acabado de entre los que representan el tipo de tendencias al que nos hemos referido[441]]. Aunque su planteamiento no rechaza *a priori* el análisis de la naturaleza de la "*relación de derecho*" utiliza una batería de argumentos para explicar su insuficiencia. Para el maestro francés, la búsqueda de la sede de un supuesto con base en

[441]Vid. Lagarde en *loc. cit.* (nota 421) *ibidem*.-

la propuesta de Savigny implicaría operar sobre bases abstractas que pueden perder su coherencia al enfrentarse con las necesidades de cada caso concreto. La localización debe depender prioritariamente de las circunstancias del asunto que se esté considerando y no solamente de los caracteres esenciales del género en el que pueda encuadrarse.

Por los tanto, su propuesta puede expresarse mediante un principio conflictual muy concreto: *cada "relación de derecho" se rige por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos*. Ello exige, en términos de positivación, la articulación normativa de cláusulas de flexibilización que permitan al juez operar sobre unas bases regladas pero dúctiles. De lo que se trata es de enervar los elementos mecanicistas del sistema multilateral suministrando al intérprete jurídico los elementos de orientación precisos para una correcta aplicación del sistema.

Por lo tanto el criterio de proximidad no se plantea con carácter excluyente. Como expresa Lagarde: está preparado para convivir con el principio de soberanía, con el de la autonomía de la voluntad y con el de la incorporación de una finalidad material a los preceptos de atribución. Su auténtica misión estriba en atemperar el juego de las normas que encuentran su fundamento en ellos[442]. La norma de conflicto ideal que lo contiene debe interpretarse y

[442]Vid. Lagarde en *loc. cit.* (nota 421) pág 32.-

aplicarse como un correctivo funcional más de la técnica conflictual[443].

Estas preocupaciones por corregir el resultado de la norma de conflicto mediante una aproximación a la realidad[444], evocan las críticas que dirigiese O. Wendell Holmes al sistema continental europeo hace más de un siglo en su obra "*The Common Law*"; el encerrar en el supuesto de hecho de las normas unos tipos ejemplares de conductas, no constituye un método que se ajuste a las exigencias de la realidad social. Apenas se ha procedido a la tipificación de un grupo de comportamientos, cuando los acontecimientos de la vida han desbordado el modelo que tenía presente el legislador. Cuando ese desajuste se agudiza se verá de nuevo obligado a introducir cambios que correrán igual suerte. En consecuencia, todas estas actualizaciones jalonarán un panorama de regulación que quedará obsoleto apenas ser positivado. El problema radica es que las técnicas del *common law* de la época del juez Holmes no resultan transponibles al sistema continental europeo. Por eso Savigny ya había reconocido que "*Cuando el juez encuentra resuelta por una ley de su país la cuestión de la colisión,*

---

[443] En las nuevas codificaciones y en un sector de la jurisprudencia pueden apreciarse ya claros indicios de su utilización y resultados. *El Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales,* hecho en Roma el 19 de junio de 1980, constituye un clarísimo exponente.-

[444] "Ciertamente- escribe Lagarde en el párrafo final de su curso- el principio de proximidad no se halla más cerca de la verdad de lo que se encuentra el principio de soberanía, por ejemplo, Simplemente esta más cerca de la vida y ese es su titulo de grandeza. Al enseñarnos que ninguna voluntad política, ni juez alguno, por puras que sean sus intenciones, pueden conseguir regular a través de sus leyes, durante mucho tiempo, relaciones de la vida que se encuentran fuera de su alcance, nos da una lección de modestia" Vid. *loc. cit.* (nota 421) pág. 194.-

debe someterse á ella absolutamente, aunque estuviera en contradicción con sus ideas teóricas individuales"[445].

Como puede verse, aunque se nota la influencia de los autores angloamericanos en el sustrato de estas teorías, no es menos cierto que las inquietudes que expresan se aproximan a los planteamientos prístinos de la construcción de Savigny. Si Savigny se desprendió de la preocupación por indagar cuál debía ser el ámbito de eficacia extraterritorial que correspondía razonablemente a cada tipo de estatutos, sus seguidores se olvidaron del elemento material de la relación de derecho y construyeron su discurso exclusivamente sobre el elemento plástico o formal. La renovación metodológica planteó una alternativa: basar el proceso de localización en el tipo abstracto al que se reconducen las conductas y hechos reales, o bien, operar a través de las propias conductas y hechos reales que deban regularse. Las ventajas de esta última solución les llevó a redescubrir el "*elemento material*" de la "*relación de derecho*" y, probablemente de forma inconsciente, a reivindicar la esencia del método de Savigny pidiendo la positivación de preceptos que le permitieran al juez operar de esta guisa, ahora, en un momento en el que las "*leyes dictadas sobre los casos de colisión*...[ya no eran]...*la expresión de una teoría incompleta e insuficiente*" como en la época en la que escribía Savigny[446].

---

[445] Savigny *ob. cit.* (nota 359) pág. 200.-

[446] Vid. Savigny en *ob. cit.* en nota anterior *ibidem*.-

II. LAS CONSTRUCCIONES DOCTRINALES CONTEMPORÁNEAS.

1. El nuevo marco internacional de encuadre.

La Sociedad internacional contemporánea se caracteriza, entre otros, por los siguientes rasgos:

i. La coexistencia de un número de Estados muy superior al que hemos manejado en las etapas hasta ahora analizadas. Han surgido del proceso de descolonización y como consecuencia de las recientes crisis. Se ha conformado así un nuevo mapa que integra unidades muy heterogéneas, pero que operan en la Sociedad Internacional en un plano teórico de igualdad soberana.

ii. Las diferencias de desarrollo económico entre las unidades que la integran y su diversidad a nivel de civilización, religión y cultura constituyen elementos nuevos a tener muy en cuenta. La vieja noción de "Sociedad internacional de Estados civilizados" ha dado paso a una "Sociedad internacional de Estados soberanos". El choque de civilizaciones constituye un factor centrífugo difícil de paliar.

iii. El hecho de que se trata de una Sociedad internacional caracterizada por haber alcanzado un significativo y aceptable grado de institucionalización; lo que incide en una transformación del contenido conceptual de la noción de soberanía estatal, sin llegar a debilitarla como principio estructural. Como expresa Carrillo Salcedo "*...el fenómeno de*

Organización internacional ha roto el monopolio exclusivo del Estado como sujeto exclusivo del Derecho Internacional y, entre otros cambios perceptibles en la elaboración y en la aplicación de las normas jurídicas internacionales, ha introducido una novedad de extraordinario alcance político y jurídico: la obligación de los Estados de rendir cuentas del ejercicio de sus competencias soberanas”[447].

iv. La existencia de ámbitos regionales de caracteres propios, que definen espacios sectoriales de relativa homogeneidad.

v. Las tendencias a la integración en esferas política y económicamente afines.

vi. La toma en consideración por el Derecho internacional de nuevos sujetos y actores y por el papel clave que representan los derechos humanos en la convivencia interestatal[448].

vii. El reconocimiento de la existencia de unos intereses generales que son patrimonio de la comunidad internacional en su conjunto y no sólo de los sujetos que la integran; (medio ambiente, clima, protección de recursos, erradicación de la pobreza o derechos humanos, por ejemplo).

viii. A este panorama habría que agregar el factor de la transformación de la estructura económica mundial y de la

---

[447] Vid. Carrillo Salcedo « *El Derecho internacional en perspectiva histórica*” Madrid 1991 pág. 180.-

[448] Vid. Carrillo Salcedo « *Soberanía de los Estados y Derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*” Madrid 1995 en especial págs. 100 y ss.-

revolución en el ámbito de las comunicaciones y de la tecnología.

2. La nueva conformación de la sociedad internacional y los llamados "conflictos de leyes".

Ciertamente, la transformación de la sociedad internacional, en los pórticos de este nuevo siglo, no queda caracterizada únicamente a través de los rasgos con los que hemos trazado este boceto impresionista. Serían necesarios muchos más datos para poder aprehender las formas relacionales y organizativas que la conforman. Se han seleccionado por cuanto son los que, desde nuestro punto de vista, resultan imprescindibles para comprender las transformaciones que está experimentando el tráfico jurídico externo en el mundo contemporáneo. Para encuadrar ahora en este diseño los perfiles correlativos del Derecho internacional privado, hemos escogido un esquema de reflexión que nos ofrece Espinar Vicente en una obra aparecida a finales de los años noventa[449].

Para el citado autor la forma de aproximarse a la nueva conformación de este sector del Derecho ha de hacerse con base en las tensiones que se producen entre el espacio mundial globalizado y una serie de marcos sectoriales, que se han convertido en sendos escenarios donde se producen las relaciones de tráfico externo con características diferenciales, métodos de solución distintos y

---

[449] Vid. Espinar Vicente" Ensayos… "*ob. cit.* (nota 239) págs. 106-119.-

fundamentaciones desiguales[450]. Estas diversas ambientaciones serían:

*En primer lugar, la que vendría dada con base en la *integración* de Sistemas.

*En segundo lugar, la que se diseñaría con base en la *coordinación* internacional de soluciones.

*En tercer lugar, el espacio relacional basado en la *cooperación* como fundamentación general del Derecho internacional privado[451].

* En cuarto lugar, se sitúa el entorno de la *confrontación*, donde el "conflicto de leyes" se transmuta en un "conflicto de civilizaciones"[452].

*Finalmente, nosotros añadiríamos un quinto escenario caracterizado por la *homogeneización sustancial*, muy vinculado al primero.

2.1. El escenario de la integración y de la armonización material de las soluciones. La Unión Europea como paradigma.

Tanto el primero como el último de los escenarios retenidos encuentran en la Unión Europea el modelo de lo que se pretende

---

[450] Ha de advertirse desde el principio que no seguimos fielmente la construcción del autor citado, sino que nos limitamos a utilizar su esquema de reflexión, por lo que podrán apreciarse muchas divergencias sustanciales con las tesis por él vertidas en las páginas de la obra referenciada.-

[451] Vid. Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo « *Curso de Derecho internacional privado* » Madrid 1996 págs. 53-54.-

[452] La idea se hallaba ya en la obra de Elgeddawy *« Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*" Paris 1971 *passim*.-

describir. En el seno de la Unión Europea se están llevando a cabo acciones jurídicas de una transcendencia sin precedentes para la disciplina estudiada.

Y es que la pertenencia a la Unión produce en sus Estados miembros una modificación drástica de su sistema de fuentes. El artículo 93 de la Constitución española (que fue diseñado pesando ya en nuestra adhesión al ente Comunitario), establece que "*Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución…*". Las Cortes españolas, con la mayoría requerida por esta disposición, autorizaron la ratificación de los tratados de adhesión y, en su virtud, se transfirieron a los órganos pertinentes de la Unión las competencias legislativas determinadas en sus textos constitutivos. Esta transferencia competencial origina, en el nuestro y en todos los países miembros, la recepción de una serie de normas cuyo objetivo es armonizar el tratamiento jurídico de determinadas cuestiones en todo el espacio europeo[453]. Esta nueva fuente de producción normativa (*fuente institucional*) está permitiendo llevar a cabo cinco tipos de acciones jurídicas que inciden muy notablemente sobre el Derecho internacional privado:

[453] Nos identificamos con quienes introducen el Derecho comunitario en el sistema de fuentes estatal. En el caso español la dicción del artículo 93 CE es clara y permite sustentar esta postura. No obstante, desde la perspectiva de otros Sistemas cuyas Constituciones no tenían prevista su participación en la, hoy, Unión Europea, la fundamentación puede buscarse en las explicaciones doctrinales clásicas. No obstante, lo que si entendemos es que, en todo caso, el Derecho Comunitario constituye un Sistema de Derecho *in fieri*. Vid. Araceli Mangas y Liñan Nogueras en "*Instituciones y Derecho de la Unión Europea*" Madrid 2005 en especial págs. 362 y ss. donde, al referirse al Reglamento, mantienen una postura distinta y bien argumentada.-

i. *La unificación de amplios sectores del Derecho sustantivo interno*. El artículo 249 del Tratado establece que "*El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro*". Basta una aproximación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a la interpretación doctrinal y a la praxis europea para entender claramente que las normas contendidas en los reglamentos tienen un alcance general y un efecto directo e inmediato en el Sistema jurídico del país miembro. En consecuencia, la materia regulada por un reglamento posee el mismo régimen jurídico en todo el territorio de la Unión[454]. La directiva, por su parte, en cuanto establece una obligación de resultado de carácter estricto, no puede ser considerada como un instrumento de unificación pero si de homogeneización, cuyo valor se ha ido acentuando, en la medida en la que la jurisprudencia del Tribunal ha ido delimitando progresivamente las formas de transposición de sus contenidos y ha ido afianzando su efectividad[455]. Si a todo ello añadimos otros esfuerzos colaterales (como los que se llevan a cabo para conseguir una unificación del derecho civil europeo) podremos extraer una primera conclusión: *Cuanto mayor sea el grado de*

[454] Sobre el Reglamento Vid. por todos, Louis « *Les règlements de la Communauté économique européenne* » Bruselas 1.969 *passim*.-

[455] Sobre estos aspectos Vid. García de Enterría, González Campos y Muñoz Machado "*Tratado de Derecho Comunitario Europeo* » Madrid 1986; en especial la aportación de Gondra Romero "La dimensión "legislativa" de la armonización jurídica" Tomo I Capítulo VIII "*Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea*" págs 301 y ss y Sánchez Rodríguez "*El Derecho derivado*" Tomo I Capítulo IX "*Los Tratados constitutivos y el Derecho Derivado*" págs. 322 y ss.-

integración que se produzca en este tipo de escenarios menor será la posibilidad de que se susciten en él problemas de Derecho internacional privado. Entre leyes idénticas no pueden producirse ni colisiones ni dudas de aplicación. Los problemas clásicos de Derecho internacional privado se producirán en los negocios jurídicos que se vinculen con sistemas ajenos al círculo de la integración. Dentro de él la conformación del conflicto de leyes adquirirá unos rasgos propios y diferenciales.

ii. *Unificación del Derecho material especial.* Por idénticas vías a las que permiten la unificación y armonización de la reglamentación sustantiva interna puede transitarse para conseguir normas materiales especiales de Derecho internacional privado que regulen supuestos de "tráfico interno" intra europeos. Los Reglamentos (CE) 40/94, 2157/2001 y 1435/2003 relativos a la Marca Comunitaria, al Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y al de la Sociedad Cooperativa Europea, respectivamente, contienen disposiciones que podrían servir de ejemplo.

iii. *Coordinación de sistemas*. Respetando la aplicación acumulativa de las previsiones normativas de dos países integrados en este escenario, puede avanzarse por el camino de la armonización, estableciendo para ello reglas especiales añadidas que faciliten el establecimiento de relaciones entre personas o entidades pertenecientes a Estados integrados en este escenario. La Directiva 2005/56 (CE) relativa a las fusiones

transfronterizas de sociedades de capital, podría ilustrar este otro tipo de acción normativa.

iv. *Unificación del Derecho conflictual.* Próximo a convertirse en Reglamento, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, constituye un excelente prototipo. En él se contiene una regulación conflictual de las obligaciones convencionales que sustituye a las normas de conflicto de los Estados miembros de la Unión, en todas aquellas materias incluidas en su ámbito de eficacia material. En España, el artículo 10.5 del Código Civil quedó sustituido por la norma de atribución del Tratado y cuesta mucho imaginarse un tópico contractual que pueda seguir siendo regulado con base en sus previsiones[456].

v. Armonización del espacio judicial y libre circulación de decisiones judiciales. Probablemente este ámbito constituya el terreno en el que mas se haya avanzado. Además se ha hecho a partir de muy diversas perspectivas. Desde un incremento de los contactos entre los miembros integrantes de los Poderes Judiciales de los Estados parte, hasta las reglas establecidas por los Reglamentos (CE) 44/2001 y 2201/2003 en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en los ámbitos civil, mercantil y de familia, respectivamente. En todo ello puede identificarse *de facto* y *de iure* la existencia de un

[456] El Reglamento, en su actual estado de elaboración pierde esta nota de universalidad.-

espacio judicial europeo integrado[457]. El pleitear dentro del ámbito europeo se plantea sobre unas bases irreconocibles en los modelos clásicos del conflicto de jurisdicciones. Se poseen unas normas de competencia judicial internacional comunes, se dispone de un sistema de control de la competencia internacional *ex officio iudicis* en origen, se cuenta con unos mecanismos ágiles para los actos procesales de comunicación y obtención de pruebas y se otorga una plena confianza a la decisión resultante, enervando hasta el mínimo los obstáculos para su efectividad (reconocimiento o ejecución) en todos los Estados miembros.

Esta breve aproximación al escenario de la integración, representado en este análisis con base en la Unión Europea, ofrece unos caracteres absolutamente diferentes de los que hemos podido apreciar hasta ahora. Convive con otros marcos distintos, pero tiende a convertirse en un fenómeno no exclusivo de la Europa de los veintisiete. Obviamente, para que pueda darse es preciso que concurran unas circunstancias muy determinadas, fundadas en unas afinidades muy estrechas en el campo político, ideológico, económico, organizativo y jurídico. Se trata de un primer círculo nuclear en el que se integra un segmento muy amplio de las relaciones privadas internacionales de nuestro entorno. Evoca

[457]Vid. Los *Reglamentos (CE) 1346/2000* relativo a los procedimientos de insolvencia ; *40/94* sobre marca comunitaria ; *6/2002* sobre dibujos y modelos comunitarios ; *1348/2000* sobre notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil; *1206/2001* sobre obtención de pruebas en materia civil y mercantil; *805/2004* por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, o la Directiva *2003/8* destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios.-

aquellos módulos de uniformidad que en Grecia y Roma y, en general, en todo el mundo antiguo permitían dar una cobertura jurídica privilegiada a los supuestos de tráfico externo que se producían en ese círculo.

2.2. El escenario de la coordinación.

El escenario de la coordinación –tal como nosotros lo entendemos- se corresponde con la red de tratados internacionales que ordenan el régimen jurídico de determinados supuestos del tráfico privado internacional que se produce entre dos o más países. (*Fuente internacional*[458]). Se requiere, ciertamente, un cierto grado de homogeneidad entre los signatarios, pero a diferencia del escenario de la integración, no se precisa de una identidad general en los planteamientos ideológicos, económicos o jurídicos de los Estados partes en estos convenios. Basta con que se puedan coordinar las soluciones en el ámbito de una institución concreta para poder hacer operativa esta práctica de regulación del tráfico externo.

Lo que destaca en este escenario es el progresivo abandono de la técnica conflictual en los tratados de coordinación y su sustitución por otros métodos más centrados en la cooperación entre autoridades[459], en el establecimiento de normas uniformes[460] o

---

[458] Vid. especialmente los artículos 96 de la Constitución y 1.5 del Código Civil.-

[459] Vid. por ejemplo, el *Convenio sobre los desplazamientos ilícitos de menores hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*. Con él se pretende evitar que un menor pueda ser sustraído del entorno nacional en el que se desarrolla su vida y se establece un eficaz sistema de cooperación entre autoridades para su localización y restitución a su entorno. En este convenio se protege la situación de hecho sin entrar en nada relativo a las

en la simplificación de formalidades[461]. Si se estudian los convenios de Derecho internacional privado en lo que España es parte, puede comprobarse como a partir de finales de los setenta y principios de los años ochenta del pasado siglo la referencia al derecho aplicable en el articulado de sus textos se realiza de forma marginal y no constituye –salvo excepciones- el núcleo de la materia ordenada por el convenio. Este fenómeno puede apreciarse claramente observando la trayectoria seguida en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y constatando como los convenios que más éxito de ratificaciones han alcanzado últimamente son los relativos a "*Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*" (1980)[462] y el referente a "*La protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*" (1993)[463], dedicados básicamente a la cooperación entre autoridades.

2.3. El escenario de la cooperación.

Se trata del escenario que se vincula de forma más directa con la ambientación que hemos venido describiendo en los

---

decisiones en las que se fundamente la guarda ni al derecho aplicable. Vid. el informe explicativo de Pérez Vera en « *Actes et Documents de la XIV session de la Conférence la Haye* » La Haya 1980.-

[460] Un buen ejemplo nos lo suministra *el Convenio de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980*.-

[461] Vid. por ejemplo, *El Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980* y, en general, los más recientes de la Comisión Internacional del Estado Civil.-

[462] BOE 24 de agosto de 1987.-

[463] BOE 1 de agosto de 1995.-

capítulos anteriores[464]. En él es donde se producen las relaciones de tráfico externo que no se hallan reguladas a través de las *fuentes de origen institucional e internacional* a las que acabamos de referirnos. Se rigen por los preceptos de Derecho internacional privado positivados en la legislación de cada Sistema (*fuente autónoma o interna*). En este plano las normas de conflicto siguen jugando un papel importante, aunque su juego, como veremos más adelante, ha sufrido una importantísima evolución. Las normas de este sector del Ordenamiento son percibidas en la praxis jurisprudencial de un modo muy diferente al de otras épocas.

En una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de hace ya más de diez años, subyace una idea de flexibilización que puede encontrarse en muchas otras manifestaciones de la jurisprudencia comparada. Se trataba de la sucesión de un ciudadano norteamericano que había realizado un legado en su testamento a favor de una tercera persona, sin tener en cuenta los derechos legitimarios de sus hijos, también de nacionalidad norteamericana. La ley aplicable no contemplaba las legítimas y, operando en su base, el testamento era válido. No obstante los hijos alegaban que la *lex causae* reclamada por el precepto conflictual español, reenviaba la regulación del supuesto a la *lex fori*; y que, de acuerdo con lo establecido en el numeral segundo del artículo 12 del Código Civil, tal reenvío debía ser aceptado. El Alto Tribunal estimó que los

---

[464] Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo "*Curso de Derecho internacional....*" *ob. cit.* (nota 450) págs. 53-54. Nosotros entendemos también que el deber de cooperar es el fundamento básico del Derecho internacional privado contemporáneo.-

arraigos del causante en España no eran suficientes para sustentar la admisión del reenvío. En definitiva, el inciso *"...sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española*", no es sino un correctivo funcional positivado que está destinado a servir de instrumento a la armonización de los Sistemas jurídicos en presencia. Por lo tanto el tenor de esta disposición ha de entenderse en el sentido de que cuando la remisión no se refiera a la ley española, el reenvío no puede ni tan siquiera tomarse en cuenta; pero que cuando el reenvío remita la regulación del supuesto a la ley española, entonces hay que "*tenerlo en cuenta*". Pues bien, analizadas las circunstancias del asunto, se entendió que no era conveniente "*tener en cuenta*" el reenvío efectuado por la *lex causae*. Por consiguiente el Tribunal Supremo entendería que *"...si el derecho americano se apoya en una gran libertad de testar, y no reconoce las legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por esta Sala del derecho español a la sucesión del causante de este litigio*"[465]. En definitiva, se trata de enervar toda rigidez mecanicista en la aplicación de los preceptos conflictuales, salvaguardando los valores y atendiendo a unos objetivos de justicia. Ante la duda sobre qué ley debe aplicar el Juez tiende a tener presente el viejo aforismo "*eam quae potior et utilior videtur. Debet enim judicari secundum quod melius ei visum fuerit*". Pero

---

[465] Sentencia de la *Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1.996* (Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo).-

no son estos los únicos cambios, hay muchos otros que analizaremos en el apartado final de este capítulo.

2.4. El escenario de la confrontación.

Existe hoy día un escenario en el que puede representarse la incompatibilidad entre instituciones pertenecientes a Sistemas jurídicos diferentes. Dentro de él coexisten dos círculos distintos:

*De un lado se halla el entorno en el que puede apreciarse un verdadero choque de civilizaciones. Piénsese en la conflicto que se produce cuando se pone en relación un Ordenamiento que acepta la poligamia con otro que la rechaza formalmente o entre los que operan con base en el repudio y los que lo hacen a través del divorcio.

* De otro lado se encuentra el ambiente ideal en el que, al poner en común las previsiones normativas de los Sistemas jurídicos en presencia, se produce una auténtica colisión entre lo valores y finalidades que cada legislador estatal ha incorporado en las respectivas instituciones que regulan la cuestión de tráfico externo que se suscita. Aquí no se trata de que la contienda se manifieste en términos radicales de Sistema. [El Sistema "A" discrimina a la mujer en todos los aspectos que abarca su regulación, mientras el sistema "B" opera en todos los ámbitos proyectando el principio de la igualdad de sexos]. Y es que esta confrontación se puede producir tambien entre Ordenamientos básicamente afines, cuando difieran radicalmente en los objetivos asignados a la reglamentación de unas relaciones de

derecho concretas. [El Ordenamiento español, chocaría con los Sistemas que entiendan la adopción como una mera medida de protección del menor o como un pacto sucesorio que no tiene por qué afectar a las relaciones familiares establecidas por naturaleza. El Derecho español la concibe como una vía paralela para constituir una relación paterno-filial perfecta y no admite otra alternativa].

Como puede observarse, la construcción de este escenario se ha producido con base en algunos de los rasgos caracterizadores del Derecho internacional privado contemporáneo. El objetivo que hoy se asigna a sus normas desborda con mucho la simple tarea de localizar el supuesto de tráfico externo en un Ordenamiento, razonablemente vinculado a sus elementos, para confiarle la esencia de su regulación. El legislador se propone incorporar valores de regulación incluso a sus normas de atribución, lo que no sólo realiza a través de una selección y ordenación de las conexiones que garantice su fiel correspondencia con la axiología y finalidad de la construcción global de su Derecho. Lo hace también articulando una mecánica de correctivos funcionales destinada a salvaguardar los valores esenciales que ha incorporado en la regulación del instituto en el que se encuadre el supuesto. Para ello ha venido incorporando gradualmente una función positiva al instrumento del “orden público” que va tiñendo de carácter imperativo los preceptos en los que se explicitan los valores en los que cada ordenamiento no está dispuesto a ceder en razón del difuso deber de cooperar en el que se fundamenta el sistema

conflictual[466]. Un excelente ejemplo de lo que queremos expresar nos lo suministra la Instrucción-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con la celebración de matrimonios en España cuando uno de los contrayentes sea extranjero y se trate de una unión homosexual[467]. Los valores que permiten en España este tipo de nupcias no pueden ceder frente a otros distintos que no las conciban. También es consecuencia de la nueva percepción del extranjero y de la realización de sus derechos en el foro. Pero esto lo vamos a ver más detenidamente en el epígrafe siguiente.

---

[466] Vid. Espinar Vicente « *Teoría General del Derecho internacional privado* » Madrid 2000 págs. 169 y ss.- La idea del Orden público en su vertiente positiva (es decir como instrumento que permite la aplicación directa de la normativa interna al margen del funcionamiento de la norma de conflicto "*ya que sólo se aplicaría la lex causae en el supuesto de que condujese a un resultado idéntico al previsto por la ley del foro*" se encuentra en su obra desde la primera edición de 1983.-

[467] Véase la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de Julio de 2005.

III. EL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LOS INICIOS DEL SIGLO XXI.

El objetivo asignado a esta memoria doctoral ha sido el de mostrar cuál ha sido la línea de evolución histórica que ha caracterizado la génesis de este sector del Derecho. Por esta razón no hemos desarrollado una investigación orientada hacia el análisis de lo que constituyeron sus fundamentos, objeto y técnicas en cada etapa examinada. Hemos venido considerando al Derecho internacional privado como una variable dependiente de los distintos modelos organizativos de la Sociedad Internacional, de la evolución experimentada por la teoría general del derecho, así como de la consideración de la que ha sido objeto el extranjero en las diferentes etapas contempladas. Siguiendo pues en esta senda vamos a analizar ahora la manera en la que se conforma este tríptico en el modelo actual.

1. La sociedad internacional contemporánea y su incidencia en la conformación del Derecho internacional privado. El paradigma de la globalización.

En el inicio del epígrafe anterior habíamos destacado siete rasgos característicos del nuevo modelo y finalizábamos agregando uno más; el que se configuraba con base en la transformación de la estructura económica mundial y de la revolución en el ámbito de las comunicaciones y de la tecnología. Es, desde luego este octavo punto el que más repercusiones ha tenido sobre la disciplina en estudio. Pare entender bien la incidencia de esta vertiente de la mundialización del comercio jurídico actual, detengámonos unas

páginas para analizar someramente el significado del fenómeno de la “globalización” y el impacto de las nuevas tecnologías.

Se ha usado y abusado tanto del término “globalización” que, a veces, parece convertirse en la expresión de una realidad difusa en la que se incluye desde la vieja noción de la “*aldea global*” hasta el nuevo comportamiento de los agentes de la economía. Desde nuestro punto de vista, aunque la globalización en su sentido más estricto alude a la actividad internacional del capital financiero, también puede usarse correctamente para referirse a los otros fenómenos que han determinado una cierta ambientación universal de la vida cotidiana[468].

En este sentido la globalización expresa la culminación de un proceso de internacionalización que hunde sus raíces en el final de la segunda guerra mundial. Sin embargo, no es hasta finales de los años sesenta y principios de los setenta del pasado siglo cuando se toma conciencia de sus manifestaciones. Su primera forma de exteriorización se concretó en la *actividad multinacional* de las grandes empresas. Las firmas más representativas de la industria de las naciones más desarrolladas empezaron a fabricar sus productos en varios países a partir de un capital y de una tecnología que, básicamente, procedían de una matriz única situada en un Estado determinado y determinable. El segundo paso consistió en la

[468] En torno al fenómeno de la globalización Vid. Gala Muñoz “Diez años de proceso globalizador” *Temas para el debate* 2004 nº 121 págs 19 y ss. y “El proceso globalizador en perspectiva” *Principios* 2005 nº 2 págs 71 y ss. Aguilera Barchet “De la legislación motorizada a la legislación inútil” en Santibáñez y otros “*Hacia un Derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*” Madrid 2006.-

mutación hacia una *actividad transnacional*. A través de esta mecánica, se conseguía un producto final que era el resultado de un proceso llevado a cabo en diversos países, con tecnología y capital también procedente de diversos Estados, con la finalidad de optimizar el beneficio, produciendo allí donde los costes fuesen más baratos, el mercado más interesante o donde la legislación se acomodase mejor a sus intereses. Finalmente el paso más reciente ha afectado al comportamiento del capital. La inversión ha salido en busca de los lugares donde puedan obtenerse los mayores rendimientos con los menores costes[469]. Para todo ello los agentes de esta actividad precisan espacios jurídicos flexibles y mercados amplios. El dinamismo del aparato económico trabaja por globalizar, por mundializar el escenario de su actividad y se encuentra con una serie de factores que favorecen sus pretensiones:

En primer lugar, los avances tecnológicos han revolucionado la información en rapidez, soportes y contenidos. La red permite el acceso al conocimiento de los sucesos acaecidos a miles de kilómetros en tiempo real. Los nuevos sistemas de transporte han permitido trocar la ecuación distancia/tiempo por la de distancia/dinero y cada vez ésta última proporción se rebaja más permitiendo a las personas desplazarse por el mundo con una agilidad hasta ahora impensable.

En segundo lugar, las legislaciones nacionales han ido desarticulando muchas de las barreras de protección clásicas con las

---

[469] Vid. Espinar Vicente y Corona Romero « *La actividad transnacional de los grandes grupos de empresas y el Derecho Internacional* » Madrid 1977 *passim*.-

que se venía salvaguardando las economías nacionales. Los sistemas de corte neoliberal dejan unos amplios márgenes de libertad a los agentes económicos. La idea central es que el mercado, en sí mismo, posee los resortes de autorregulación más convenientes y que, por consiguiente, lo que es fundamental es su protección, garantizando la libre competencia y trasladando las medidas tutelares a otros ámbitos tales como la calidad de los productos, la defensa del consumidor, las condiciones de trabajo, la sanidad pública o el amparo de los intereses de los inversores nacionales en el exterior[470].

Finalmente la puesta en relación de todas estas transformaciones ha cambiado el concepto mercado/frontera y ha hecho aparecer en el mundo nuevas fórmulas que se han ido estableciendo en razón de la búsqueda de un mercado de proporciones adecuadas. La Unión Europea constituye un excelente ejemplo (pero no único) de cómo se van forjando estructuras multiestatales donde se favorece la libre circulación de mercancías, capitales y servicios.

Estas circunstancias han debilitado al Estado (en cuanto concepto tradicional) y han determinado una serie de movimientos centrífugos y centrípetos que diseñan un panorama muy distinto al que se había configurado tras la segunda Guerra Mundial. La situación contemporánea muestra facetas muy positivas y otras

---

[470] Sobre este último aspecto Vid. García Rodríguez "*La protección de las inversiones exteriores*" Valencia 2005 y, en general, Zapatero Miguel "*Derecho del Comercio Global*" Madrid 2003 en especial págs.381-412.-

indudablemente negativas, pero no estamos describiendo una teoría económica ni una tendencia política de la que poder disentir. Se trata de una realidad consolidada en términos efectivos de la que se derivan para el Derecho internacional privado una serie de consecuencias, de entre las que quisiéramos destacar las siguientes:

*El espectacular dinamismo de las relaciones económicas internacionales ha determinado un crecimiento exponencial de las relaciones jurídico-privadas que lo desarrollan y la aparición de fuentes espontáneas de producción normativa. La atención doctrinal que se presta hoy en día al "*New Merchant Law*" o nueva "*Lex Mercatoria*" es un índice muy significativo[471].

* La intensificación de los contactos entre individuos de diferentes nacionalidades es otro dato importante. Se producen, o bien presencialmente como consecuencia de los constantes desplazamientos al extranjero que se realizan por motivos de estudios, trabajo o vacaciones; o bien a distancia, a través de los medios que hoy permiten entablar y mantener una comunicación ágil con personas situadas en cualquier lugar del mundo. Estos nexos entre sujetos vinculados en diferentes Estados, propician el establecimiento de relaciones jurídicas que van desde las simples transacciones electrónicas[472] a la constitución de importantes lazos familiares (el matrimonio o la adopción internacional serían claros ejemplos).

---

[471] Vid. Fernández Rozas, Arenas García y de Miguel Asensio "*Derecho de los Negocios Internacionales*" Madrid 2007 en especial págs 38-47.-

[472] Vid. de Miguel Asensio "*Derecho del comercio electrónico*" México 2005 *passim*.-

* El fenómeno de las migraciones producidas por el fenómeno de la “globalización del apartheid”[473]. Es precisamente el mismo mecanismo que genera riqueza en el modelo de producción, financiación y distribución globalizado, el que engendra la pobreza y la desprotección. A la postre el axioma del circulo vicioso ha funcionado en este nuevo contexto. Los pobres son cada vez más pobres, mientras los ricos se hacen cada vez más ricos[474].

2. La incidencia de las transformaciones en el sistema de fuentes y su incidencia sobre el Derecho internacional privado actual.

2.1. El problema de las fuentes del Derecho.

Hasta los albores del siglo XX el sistema de fuentes se reflejaba en un esquema elemental y claro. En primer lugar estaba la ley, entendida en un sentido *lato*; es decir, como expresión de un derecho escrito establecido por el órgano al que se le reconociese competencia para promulgarlo. Los preceptos positivados a través de este vehículo normativo, primaban sobre una costumbre a la que se relegaba a una función no por secundaria menos importante: la

---

[473] El término lo utiliza entre nosotros Carrillo Salcedo Vid. “*Lección magistral pronunciada con motivo de la inauguración de curso académico 2004-2005*” editada por el servicio de publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2005 *passim*.-

[474] Esta constatación hay que ponerla en relación directa con la construcción de Myrdal. que ha insistido a menudo en la imposibilidad de una economía positiva no normativa ya que cualquier proposición económica implica, de forma implícita o explicita, juicios de valor. No se trata de que haya un norte rico y un sur pobre (que lo hay) se trata de que existe un centro rico y una periferia pobre en la mayoría de los países. En el Norte el núcleo de riqueza es mayor que el halo de pobreza y en el sur se invierten las tornas. Ahora bien, en los Estados Unidos existe una asociación de pobres legalmente reconocida y muchos ricos europeos desearían poseer alguna de las fortunas detentadas por propietarios africanos, musulmanes o latinoamericanos.

de contribuir a la plenitud del sistema. Aplicada en defecto de ley permitía cubrir las lagunas dejadas por los textos escritos; sin olvidar que el movimiento codificador había transformado en ley la mayor parte de las costumbres operativas. Finalmente los principios generales estaban destinados a desempeñar un rol en la hermenéutica de un Sistema, en el que la jurisprudencia participaba decisivamente en su interpretación auténtica y en la consecución de su plenitud, en grados que variaban de un Ordenamiento a otro.

En los umbrales del siglo XXI este esquema elemental resulta absolutamente insuficiente para explicar los "*modos de producción de preceptos jurídicos válidos y eficaces*" tanto en nuestro Sistema, como en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos. La promulgación en España de la Norma Fundamental en 1978 y nuestra posterior adhesión a las Comunidades Europeas en 1985 han implicado la necesidad de adoptar unos puntos de vista radicalmente nuevos. A la trilogía compuesta por la ley, la costumbre y los principios generales del derecho hay que añadir la Constitución y los demás instrumentos de producción normativa que en ella se contemplan. Efectivamente, en nuestra norma fundamental aparecen consagrados nuevos vehículos de producción normativa que responden a los nuevos modelos organizativos de la sociedad internacional y del Estado. Y es que los procesos de regionalización y de internacionalización de nuestra sociedad han supuesto la génesis de toda una nueva panoplia de fuentes del derecho. En consecuencia, una teoría del derecho apegada a la realidad tiene que partir de dos datos: primero que existen nuevas y

poderosas fuentes de producción normativa de carácter *supraestatal*, *infraestatal* y *paraestatal*; y segundo que la tradicional jerarquización de las fuentes tiene que ser revisada. Basándonos en la clasificación que utiliza González Campos en sus trabajos partiríamos de la siguiente trilogía:

Fuentes de producción interna. Provienen de ellas todas las normas contenidas en los instrumentos que se enumeran en la Constitución y en el primer numeral del artículo 1 del Código Civil, siempre y cuando su tenor y promulgación o su identificación (en el caso de la costumbre) se hayan ajustado a los cauces establecidos. El artículo 149, 1, 8º *in fine* de la Constitución reserva a la competencia exclusiva del Estado, entre otras materias, las normas para "*...Resolver los conflictos de leyes...*". No obstante ello no es óbice para que determinadas normas imperativas de las Comunidades Autónomas pueda alcanzar relevancia en este ámbito. El término "Ley", en el sentido amplio con el que vamos a utilizarlo aquí, engloba todas las disposiciones escritas con carácter general.

Fuentes de producción internacional. En esta categoría se incluyen las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente concluidos por España; [confróntense los artículos 94 y 95 de la Constitución]. Se integran automáticamente en nuestro Ordenamiento interno una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado; [véanse los artículos 96

de la Constitución y 1, 5 del Código Civil] y son de aplicación directa.

Fuentes de producción institucional. Traen causa en ellas las normas promulgadas por una organización o institución internacional a la que el Estado haya atribuido el ejercicio de competencias legislativas a través de los vehículos previstos en el artículo 93 de la Constitución. Concretamente, a los efectos que más nos interesan, a través de esta fuente se integra en el Sistema todo el Derecho derivado de la Unión Europea.

Establecido el tríptico fundamental de fuentes habría que hacer una serie de menciones especiales complementarias. En primer lugar habría que referirse al carácter informador de los principios generales del derecho y, en segundo lugar a la *jurisprudencia*, como mecanismo de complementación del Sistema. En se sentido estricto se trata de la doctrina que el *Tribunal Supremo* haya venido estableciendo de modo reiterado al interpretar y aplicar las normas. El significado y alcance dado a una disposición jurídica en reiteradas sentencias del Tribunal Supremo se integra en la propia dicción del precepto, debiendo tenerse presente como elemento normativo a la hora de aplicar esa regla a la solución de un problema concreto. En cambio, la jurisprudencia del *Tribunal Constitucional* tiene un alcance muy distinto. Sus decisiones en los procedimientos de inconstitucionalidad vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde su publicación, pero se limitan a pronunciarse sobre la efectiva validez

jurídica de los preceptos analizados. Las resoluciones que resuelven los recursos de amparo constitucional velan por la preservación y restablecimiento de los derechos y libertades de las partes en los procedimientos seguidos ante las jurisdicción ordinaria o frente a las disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho de los poderes públicos, pero una vez restituida la situación al momento previo de la violación, finaliza la actividad tutelar. Como puede verse, en ninguno de los dos casos la sentencia está orientada a producir elementos normativos complementarios, sino que se limita a *depurar la validez jurídica real de unas normas, unos actos o unos comportamientos* al contrastarlos con los derechos y libertades establecidos en los artículos 14 y 30 y en los contenidos en la sección 1ª del Capitulo Segundo de la Constitución.

En cuanto a la jurisprudencia del *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* es de destacar aquí sus efectos directos en materia de aplicación e interpretación uniforme de las normas de fuente institucional. En este último supuesto se trata de lograr que, a través de sus pronunciamientos, una misma disposición sea aplicada de igual manera en todos los países en los que deba regir. En este sentido, sin llegar a constituir un modo de producción normativo *propio sensu*, si se aproxima a la noción de fuente[475] por cuanto decanta de forma positiva la dicción concreta con la que ha de entenderse positivado un determinado precepto, sustituyendo en

---

[475] Espinar Vicente "*Derecho internacional privado*" Madrid, U.A.H. 2002 págs. 59 - 60.-

esta labor al Juez nacional, el cual se limitará a aplicar la norma institucional tal como le viene interpretada.

Así pues en el Derecho internacional privado actual se integrarían normas procedentes de fuentes diversas que podrían representarse a través del siguiente cuadro[476]:

De origen internacional:	Tratados multilaterales. Tratados bilaterales.
De origen institucional:	El Derecho derivado previsto en los Tratados constitucionales de la Unión Europea.
De origen interno:	Las determinadas en la Constitución y en la Ley
De origen transnacional:	La *Lex Mercatoria* entendida en un sentido amplio.

Esta pluralidad de fuentes de producción normativa suministra al Ordenamiento nacional una abundancia de preceptos que se integran en un único Ordenamiento, formando parte del acervo común que deben tener presente los agentes del tráfico jurídico y que debe aplicar el juzgador. Esto, como es lógico, puede llegar a causar problemas a la hora de determinar los respectivos ámbitos de eficacia material de las normas provenientes de distintas fuentes y de concretar su posición jerárquica en el Sistema.

---

[476] Guzmán Zapater "*Derecho Internacional y Derecho internacional privado. Problemas de aplicación de sus normas*" Madrid 2006; se trata de un excelente trabajo en el que se aborda de modo sistemático uno de los principales problemas del Derecho internacional privado actual: el de las relaciones entre las fuentes de producción normativa. Vid. en especial págs. 72-209.-

2.2. El principio de jerarquía normativa y del Derecho internacional privado.

El artículo 9 de la Constitución consagra el principio de jerarquía normativa pero no establece una escala concreta para determinar el valor que debe adscribirse a las distintas normas en razón de su fuente. Antes de la evolución reseñada en el subepígrafe anterior, era fácil establecer una sucesión de grado a partir de una pirámide ideal[477]. Su vértice superior se hallaría sujeto a una norma fundamental que teñiría de validez a todo el entramado normativo que se colocase con coherencia bajo él[478]. Después, en orden descendente, se irían situando, en cada una de las terrazas sucesivas que componen la pirámide, primero a la Constitución, luego a las Leyes Orgánicas, después a las Leyes ordinarias y así sucesivamente hasta llegar a la base inferior donde nos encontraríamos las disposiciones de menor carácter o de limitado ámbito de eficacia. Este perfil nos permitiría ir recorriendo los componentes del esquema resultante para explicar, que la validez de una Orden Ministerial depende de que en ella no se contradiga nada de lo regulado en los preceptos que se hallan situados en las gradas superiores y así sucesivamente. En consecuencia, una Ley Orgánica no podría ser modificada por una Ley ordinaria *porque lo*

[477] Vid. Nawiasky *"Teoría general del Derecho."*(traducción de Zafra Valverde) Madrid 1962 *passim*.-

[478] Kelsen establece una pirámide normativa que se sustenta sobre esta norma fundamental abstracta. Sin embargo, su concreción nunca resultó fácil y, aunque en su momento la construcción supuso uno de los avances más sustanciales de la teoría del Derecho, hoy en día es difícil explicar la realidad a través de ella. Véase Kelsen *"Teoría Pura del Derecho"* Traducción de Vernengo. Universidad Nacional Autónoma Mexico 1983 *passim*.-

de abajo no puede afectar a lo que está colocado arriba. Y no podría hacerse porque, en definitiva, la norma que hay en un determinado escalón recibe su eficacia precisamente de las normas que se sitúan en los estratos superiores.

Pero aunque resulta indudablemente útil la imagen esbozada, es muy difícil establecer en los Derechos modernos un esquema nítido basado exclusivamente en el criterio de jerarquía, entendido en su sentido más absoluto. A los efectos de Derecho internacional privado que aquí nos interesan, si ponemos sobre el tapete de la regulación una Ley Orgánica, una Ley Ordinaria, un Tratado Internacional y un Reglamento Comunitario y tratamos de ordenarlos en atención al nivel que ocupan en la pirámide propuesta, chocaríamos con obstáculos insalvables. Un tratado internacional no puede ser abrogado por una ley, pero eso no quiere decir que tenga más rango. Lo único que quiere decir es que el Estado ha comprometido con otros su voluntad en un determinado sentido y que se ha obligado, al amparo del Derecho Internacional Público y de su propio Sistema jurídico, a cumplir lo pactado y a no realizar ningún acto destinado a contravenirlo o a desvirtuarlo. En consecuencia no podrá modificar lo establecido en el clausulado del convenio mientras no lo haga en los términos en los que el acuerdo haya previsto tales modificaciones o ajustándose a lo establecido en el Convenio de Viena. Deducir de allí un rango superior nos parece arriesgado.

Algo similar ocurre en los demás frentes. El Tribunal Constitucional ha negado expresamente que la relación entre la Ley Orgánica y la Ordinaria sea de jerarquía (véase la sentencia 76/1983). El problema estriba en que la Ley Orgánica es el único vehículo apto para regular las materias a las que se refiere expresamente la Constitución en sus artículos 81 y concordantes. La Ley Ordinaria no puede ordenar estas cuestiones porque las normas constituyentes no le reconocen aptitud para hacerlo; y porque ambos tipos normativos requieren de una mayoría distinta para su aprobación y, por lo tato, para su derogación.

Del mismo modo lo estipulado en un Reglamento Comunitario no puede ser desvirtuado por ninguna norma de fuente interna de los países miembros. Pero esto no tiene por qué referirse a la jerarquía formal que haya de atribuirse al Reglamento en el seno del Sistema. Cuando el Estado español, debidamente autorizado mediante una Ley Orgánica, cedió en el Tratado de adhesión una serie competencias legislativas a la Unión Europea, lo que hizo fue transferir al ente europeo su jurisdicción legislativa originaria en todas aquellas materias que se contemplaban en los tratados constitutivos a los que se adhería. Por lo tanto, habiendo transferido de conformidad con su propia Constitución, el sector de soberanía que le permitía legislar en esos aspectos, carece a partir de ese momento de aptitud para poder dictar disposiciones sobre esas materias específicas.

En consecuencia, esta transformación del sistema de fuentes obliga al intérprete jurídico que se enfrenta con un problema de tráfico externo a delimitar la esfera de eficacia normativa de los preceptos provenientes de las diversas fuentes[479]. Si hace cuarenta años se le hubiese preguntado sobre los requisitos necesarios para que una sentencia dictada en el extranjero adquiriese valor de cosa juzgada en España, se hubiese dirigido de inmediato a los artículos 951 al 954 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, hubiese descartado el primero de ellos, tras comprobar que el supuesto no se incluía en los tres o cuatro convenios bilaterales que entonces existían y se hubiese centrado en el régimen de condiciones del artículo 954, tras sortear algunos problemas interpretativos de la reciprocidad positiva y negativa de los dos anteriores preceptos. Hoy en día su labor es mucho más compleja. Habrá de estarse al

---

[479] Escribe Espinar Vicente que *"...para establecer una correlación entre estas fuentes es necesario abandonar los planteamientos basados en la subordinación y adoptar criterios competenciales. Cuando una materia debe ser regulada mediante ley orgánica, porque así lo exige la Constitución, no cabe la producción de normas válidas y eficaces a través de un medio de expresión jurídico que no sea el de la ley orgánica. Cuando el Consejo promulga un Reglamento de base lo hace como titular de una competencia legislativa que el Estado español ha cedido a la Comunidad Europea en determinadas materias. Por lo tanto, una vez cedidas tales competencias, no cabe legislar en uso de una facultad que ya se ha transferido. Mediante la celebración de un tratado internacional el Estado se obliga con otros en las condiciones que establece el Derecho Internacional; por lo tanto habrá de cumplir de buena fe lo acordado y sus disposiciones "sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional" (artículo 96, 1 inciso final de la Constitución). Esta idea competencial es ciertamente compleja y ello se debe, tanto a la distribución del poder legislativo entre las unidades territoriales en las que se organiza nuestro Estado (confróntense los artículos 148 y 149 de la Constitución, en relación con el numeral segundo del 150), como a nuestra integración en la Unión Europea y al sistema de reservas de ley que establece nuestra Constitución. Sin embargo, la idea de jerarquía (consagrada en el artículo 9 de la Constitución) debe combinarse necesariamente con la noción competencial (que no se halla expresamente mencionada en nuestro Sistema) para poder entender las relaciones que se producen entre la diversas normas que integran nuestro ordenamiento"* Vid. Espinar Vicente *ob. cit.* (nota 474) págs. 61-62.-

régimen establecido en los Reglamentos CE, en los Convenios multilaterales, en la vasta red de tratados bilaterales suscritos en la materia y en sus propias disposiciones autónomas; cada texto define su esfera de aplicación en razón de la persona y la materia y, como es lógico en un entramado de estas características, no siempre resulta fácil establecer los límites que nos indiquen cuando ha de aplicarse la norma procedente de una u otra fuente. Por eso sería cómodo disponer de un sistema de jerarquización de fuentes que nos permitiese resolver la duda a favor del texto de mayor rango, pero el problema no puede solventarse por esa vía; cada norma se refiere a un tipo específico de supuestos y, con independencia de su posición en la escala, debe aplicarse a cada supuesto la norma que posee competencia (y no rango) para regular ese caso específico.

3. La consideración de la figura del extranjero en la época actual.

Escribía Batiffol que la evolución del Derecho internacional privado se inscribe en una línea paralela a la de como la sociedad cerrada (en el sentido de Bergson) se ha ido abriendo al extranjero[480]. Hoy en día el panorama ha alcanzado su culminación con el reconocimiento efectivo de los Derecho Humanos y su

[480] Vid. Batiffol "*Aspects philosophiques …*" *ob. cit.* (nota 20) págs. 152-153 : « *Toute l'évolution de la condition des étrangers de l'antiquité à nos jours se résume en effet dans l'élimination progressive, non sans régressions temporaires d'ailleurs, du principe refusant à l'étranger la personnalité juridique. Pour un bon observateur de ces choses le point de départ même du droit international privé est le respect de l'étranger : Achtung vor dem Fremden* ». [El sentido de sociedad cerrada que utiliza Batiffol, siguiendo a Bergson, supone el rechazo de toda obligación para con el extranjero].-

desarrollo[481] y, en casos como el de nuestro país con la Constitucionalización del disfrute de una serie de derechos y libertades públicas[482].

El artículo 13.1 de la Constitución dipone que "*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*". El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse reiteradamente sobre el alcance de este precepto para dejar bien claro que no se trata de que la ley o el convenio internacional puedan extender o no estos derechos a los extranjeros, sino que los extranjeros gozan del núcleo esencial de esas libertades públicas porque la Constitución así lo establece. A través de un acto legislativo o mediante un acuerdo internacional se puede modular el alcance y los requisitos para el ejercicio de cada uno de esos derechos fundamentales, de tal modo que el disfrute por el extranjero de un derecho concreto puede ser igual o inferior al que le corresponda a los españoles o a otros extranjeros; pero su

---

[481] Vid. Guzman Zapater en *ob. cit.* (nota 475) págs. 74 y ss. analiza el impacto de los Derechos Humanos bajo la sugestiva rúbrica "*Un universalismo necesario: la normativa internacional sobre derecho humanos*".-

[482] Vid. Espinar Vicente en *ob. cit.* (nota 474) págs. 63 y 66; en relación con el artículo 13.1 de la Constitución, y tras detenerse entre la diferencia entre el "goce" y el "ejercicio" de un derecho entiende que una vez que el Tribunal Constitucional se pronunciara al respecto, quedó perfectamente claro que la posición inicial del extranjero frente al contenido mínimo de los artículos 10 al 55 es idéntica a la de los españoles en su punto nuclear de partida. Cosa distinta es que los españoles los disfruten en su plenitud y los extranjeros hasta el límite que establezcan la ley o los tratados. Pero en cualquier caso, aún sin que se hubiesen fijado los téminos del goce, el disfrute de la esencia mínima de cada libertad se le garantiza y tutela al extranjero a través de los mismos mecanismos previstos.-

esencia medular –tal como el sistema jurídico español la entiende- no le pude ser negada nunca, una vez que haya entrado en contacto con el Sistema jurídico español, en los términos previtos por nuestro Ordenamiento.

Partiendo de este dato, se hace preciso reconocer una transformación radical en la propia forma de concebir el Derecho internacional privado. El extranjero ya no puede definirse negativamente como aquella persona que carece de la nacionalidad del país en que se halla. En España ya no es un mero sujeto al que se le reconocen los derechos esenciales que resultan inherentes a su condición de ser humano. Ahora el extranjero constituye una persona que se encuentra investida de un estatuto de derechos y deberes concretos que le atribuye directamente la Constitución desde el momento en el que entra en contacto con el Ordenamiento español.

El Título Primero de la Constitución se configura así como la clave de la aplicación, interpretación y positivación de todo el conflicto de leyes. La constitucionalización del estatuto del extranjero, considerada desde esta perspectiva estructural, iría más allá de un "orden público constitucional" capaz de enervar el valor de toda solución que no encajase en las coordenadas de este sector de la Norma Base. Supondría la existencia de un tramo normativo que, en puridad, resultaría previo a la aplicación y positivación de los preceptos que integran esta disciplina. Con carácter preliminar a toda operación de esta índole habría de considerarse que existe un

planteamiento de cobertura que Espinar Vicente expresa en los siguientes términos:

> *Toda persona que entra en contacto con el Sistema jurídico español, queda amparada por los principios estructurales básicos que consagra su Constitución. Las normas de Derecho internacional privado no pueden positivarse ni aplicarse al margen de estos principios. Las soluciones de un sistema extranjero, que fuesen reclamadas por las normas de conflicto del foro, tampoco podrán resultar operativas si no encajan coherentemente en el esquema de derechos y libertades fundamentales que la Constitución considera patrimonio de cualquier individuo. Este tramo de regulación del tráfico externo tiene tal transcendencia sobre la ordenación final del supuesto que resultaría casi imposible entenderla sin referirnos necesariamente a él*[483].

Esta constatación permite detectar con claridad un cambio estructural muy importante. La sociedad cerrada se ha abierto y, al abrirse, el Derecho internacional privado ha acentuado su carácter de subestructura del Sistema; por consiguiente tiende a integrarse más íntimamente con las restantes subestructuras hasta convertirse en un sector normativo que proyecta las concepciones esenciales del Sistema sobre la regulación del tráfico privado internacional. Veamoslo a través de un ejemplo. El artículo 32 de la Constitución consagra el derecho a contraer nupcias y se extiende a los

---

[483] Vid. Espinar Vicente *ob. cit.* (nota 474) pág. 68 y, del mismo autor, el capítulo segundo de "*Extranjería…*" *ob. cit.* (nota 16) Madrid 2006 págs 53-100.-

extranjeros a través del artículo 13.1, en los términos que acabamos de exponer. Pues bien, cuando el Sistema español considera que el derecho al *ius conubii* puede ejercerse a través de uniones entre personas del mismo sexo, esa nueva concepción transciende inmediatamente al Derecho internacional privado dotandole de un particularismo con vocación de proyección universal. Si un homosexual extranjero desea (y puede) contraer nupcias en nuestro país con otra persona de su mismo sexo, el *conubium dare* le viene dado directamente con base en el artíuclo 32 de la Constitución española. La remisión que efectúa el artículo 9.1 del Código Civil a su ley nacional puede servir para determinar su aptitud nupcial en otros ámbitos; pero el "derecho a casarse", en los términos en los que el Derecho español lo entiende, no se busca en su *lex patriae*, ya que lo tiene indiscutiblemente atribuido por la *lex fori*. La sociedad cerrada no se sentía obligada para con el extranjero; en consecuencia si la ley que consideraba aplicable a la determinación de su aptitud nupcial no se la reconocía para contraer un matrimonio homosexual, se concluía en que no podía celebrarlo. La sociedad abierta se siente obligada para con el extranjero, por consiguiente le hará gozar, en mayor o menor grado, de todos los derechos que considera que le corresponden como persona y lo hará en los términos en los que la *lex fori* concibe tales derechos[484].

---

[484] La *Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 de la DGRN* (BOE de 8 de agosto de 2005) confirma en sus resultados esta intepretación del Sistema, aunque se basa en una argumentación muy dicutible y utiliza un razonamiento constitucional del que disentimos.

En este nuevo contexto lo heterogéneo, en contraste con lo homogéneo, puede regularse de distinto modo, pero su carácter diferencial sólo puede llegar hasta el límite que establecen estos principios constitucionales. La solución que se de a un caso de tráfico externo puede ser distinta a la de un caso interno, pero nunca podrá desmarcarse del encuadre que establecen los principios estructurales del Sistema jurídico que organiza la reglamentación[485]. La tesis mantenida, llevada a sus últimas consecuencias, puede resultar exagerada. No obstante dentro de los límites en los que pretendemos desarrollarla sirve para poner de manifiesto que la sociedad cerrada se ha abierto y que hoy el extranjero en el foro se presenta como un sujeto que posee frente a ese Ordenamiento un verdadero estatuto de derechos y libertades.

[485] En este sentido Vid. Espinar Vicente en *ob. cit.* (nota 474) pág. 67.-

CONCLUSIONES

I

En la Grecia de las ciudades puede detectarse la existencia de supuestos de “tráfico externo” y soluciones que, en algunos casos, se asemejan a las utilizadas en la actualidad. A través de los documentos y la bibliografía consultados se han extraído una serie de conclusiones que pueden esquematizarse en torno a los siguientes puntos:

1º. Desde el comienzo de nuestro estudio hemos podido encontrar vestigios plausibles de la existencia de una ordenación del “comercio internacional” basada en las costumbres observadas por los profesionales del medio y en el respeto por lo pactado en el contrato. Las acciones se ejercían ante órganos especializados y su fundamentación y naturaleza parecen diferenciarse en alto grado de los atributos que caracterizaban a los Derechos ciudadanos de la época. No obstante, como se pone de relieve en la defensa de Lácrito, debieron de existir normas imperativas destinadas a salvaguardar las necesidades de la economía ciudadana frente a las transacciones económicas de los comerciantes y mercaderes.

2º. La íntima relación que existía entre la πολισ, sus πολιται, el culto religioso y el Derecho creaba un marco integrativo muy fuerte que generaba, a su vez, una fuerza centrífuga frente a todo elemento ajeno a la “sociedad cerrada”. Si el extranjero no era admitido al culto de los dioses de la ciudad, difícilmente podía acceder a unas

acciones que se caracterizaban por su sacralización. Esta vinculación entre las divinidades propias de la πολισ, las normas jurídicas y las acciones que podían garantizar el disfrute de unos derechos, constituía una premisa en la que no podía subsumirse lo extranjero. Por lo tanto, en principio, las leyes tenían un ámbito de eficacia absolutamente constreñido a la ecuación que se establecía entre la persona y el grupo al que perteneciese.

3º. A través de las distintas etapas que hemos ido analizando, ha podido cotejarse un dato muy importante. Con independencia del modelo jurídico de organización, las personas han manifestado una necesidad de interrelación con individuos de otros colectivos, lo que encontró muchos obstáculos en las concepciones del Derecho, pero que acabó imponiéndose por la fuerza de los hechos y reclamando un sistema de regulación especial para las situaciones y relaciones que se configuraban al margen del núcleo social primario de cada sujeto.

4º. El Derecho internacional privado a lo largo de la historia ha tenido que buscar fundamentaciones lógicas y métodos complejos para romper el círculo vicioso que creaba esa idea tribal del Derecho. En el mundo griego los principales instrumentos utilizados fueron:

i. El establecimiento de una serie de pactos entre ciudades de caracteres afines e intereses comunes en los que se incluía una suerte de “Derecho de extranjería” en el que se constituía un

estatuto jurídico especial para los miembros de una de las πολεισ en la otra y viceversa.

ii. La mediatización de la capacidad jurídica del extranjero a través de la de un ciudadano. En otros términos, si los Derechos locales no reconocían la personalidad de quienes no fuesen destinatarios directos del pacto originario, una solución posible era suplir, a través de la plena aptitud de un πολιτεσ, la absoluta incapacidad que exhibía el extranjero en la πολισ.

iii. Utilizar una técnica de asimilación del extranjero helénico. La afinidad religiosa, cultural y la identidad de intereses facilitaba esta integración. No era uniforme; en cada ciudad coexistían diversos tipos de personas a las que se deparaba una consideración distinta, pero desde el grado inferior hasta el superior (la ισοπολιτεια), se les iba reconociendo diversos derechos y capacidades para constituir relaciones jurídicamente válidas en la πολισ en que se hallaban.

5º Los atisbos de técnicas paraconflictuales que han sido detectados por la doctrina internacional privatista, no resultan del todo convincentes. No puede negarse que la lectura de algunos fragmentos de los discursos de defensa forense permiten apuntarlos. Hemos anotado el caso conocido como la “Eginética”, donde Isocrátes hace referencia expresa a una pluralidad de Derechos efectivamente conectados al supuesto en litigio. Pero entendemos que de la reflexión efectuada sobre este y otros textos no puede deducirse, sin disipar serias dudas, que la intención del litigante

fuese apoyar en una norma extranjera el derecho del que se sentía titular. Es verdad que casi ningún investigador ha realizado una afirmación de este tipo. Se han limitado a apuntar tal posibilidad, sin considerarla una conclusión inconcusa. Desde esa misma óptica, hemos entendido que la invocación del Derecho de otras πολεισ tenía más la finalidad de demostrar la buena fe y la justicia del *petitum* que la de buscar soluciones jurídicas en normas "particularmente vinculadas" a los diferentes aspectos del supuesto.

II

Asentado en bases muy similares a las griegas, el Derecho en Roma muestra algunas peculiaridades y una línea de evolución que lleva a soluciones diferentes. El origen de la *civitas* romana se arraiga en las mismas concepciones y adopta una estructuración del poder muy similar. Pero, entre otros muchos, existen dos rasgos que determinaron un devenir que aboca en una situación muy diferente:

i. Para el ciudadano romano el lugar donde se asienta tiene una transcendencia mucho mayor que para el griego y eso motivará una natural tendencia expansiva y una lógica territorialización de sus concepciones.

ii. Roma no poseyó dos círculos de relaciones "externas" en los que se diferenciasen afines y hostiles. A los primeros los integró en un marco propio, que se fue unificando (aunque se respetase una cierta diversidad) y a los segundos los rechazó

absolutamente, considerando que se trataba de grupos enemigos con los que no cabía relación.

Con el paso del tiempo estas dos premisas se fueron arraigando y acabarían superponiéndose a los planteamientos primigenios para diseñar un panorama del que podemos extraer las siguientes conclusiones:

1º. En Grecia la figura que más se aproximaría a nuestra concepción de "extranjero" (a nivel de Derecho internacional privado) se correspondería con la del πολιτεσ de una ciudad distinta, autónoma, pero siempre afín en las creencias y comportamientos de la que tomemos como punto de partida. En Roma la cuestión es muy diferente. En su órbita había ciudadanos y *latini colonari*, así como *peregrini* (ya tuviesen la consideración de *amici, soccii* o *deditici*), pero todos ellos llegaron a formar parte de una unidad política descentralizada que pronto mostraría su tendencia a estructurarse de un modo más aglutinado. En consecuencia, las relaciones entre las personas pertenecientes a los distintos núcleos de esa galaxia debieron ser muy ricas, pero generaban unas necesidades de regulación muy diferentes a las que se plantearon en los Derechos más antiguos. Y es que Roma fue disponiendo de una superestructura que permitía coordinar los Derechos particulares y partía de unas bases que le permitían

desarrollar su Sistema jurídico para establecer regulaciones de alcance universal[486].

2º. En Roma la preocupación por el equivalente al "tráfico externo" no se manifiesta en sus bases constitucionales. La ordenación del "comercio internacional" es para Ella algo extrajurídico, como también lo serían las transacciones que se llevaran a cabo entre ciudadanos y peregrinos durante los primeros tiempos. Su base de partida es, como en Grecia, de cuño personal-grupal. Cuando dos romanos se comprometían entre sí, el Derecho convertía su acuerdo en un negocio jurídico, pero al margen de esas relaciones recíprocas entre ciudadanos, lo demás no podía interesar a un Derecho ritualizado en torno una religión que sólo era propia del *cives*. A medida que va avanzando su expansión territorial se irán arbitrando fórmulas específicas para establecer el marco jurídico en el que encuadrar las nuevas anexiones. La técnica es sencilla; se respetan (con las matizaciones que luego subrayaremos) las leyes de los territorios incorporados. Los peregrinos podían seguir viviendo de acuerdo con sus propias normas, pero ahora han de hacerlo en un marco distinto. Las primeras soluciones operativas provienen del *ius migrandi* instaurado en el acuerdo que se hubiese suscrito entre

[486] Forzando los términos de una transposición podríamos comparar la órbita "internacional" en la que se producían las relaciones de "tráfico externo" en Grecia con la idea de una "Sociedad internacional de naciones civilizadas", mientras que el Derecho internacional privado en el mosaíco romano, (en un determinado momento de su evolución), se asemejaba más a un modelo de Derecho interlocal. Con esto no afirmamos un parecido fundado en las características políticas, jurídicas o funcionales de los arquetipos tomados como términos de la analogía. *En un sentido estricto hay que dejar bien claro que esta correlación no se produce*; pero entendemos que si puede servir como vehículo para transmitir una determinada imagen, si con ello no se pretende ir más allá.

Roma y la unidad incorporada. Se trataba de fijar la posición de los nuevos individuos agregados a la órbita de Roma cuando se encontrasen en Roma, así como la de los romanos cuando se hallasen en los nuevos territorios. Obviamente, el estatuto jurídico de los amigos del pueblo romano, el de los socios del pueblo romano y el de los vencidos era muy distinto. Pero en cualquier caso, contemplaban un régimen de extranjería en el que se determinaba el conjunto de derechos (en muchos casos muy exiguo) del que podía disfrutar en Roma quien no era ciudadano.

3º. La expansión territorial comporta la necesidad de dar un paso más e incorporar una preocupación nueva. Al elemento político que constituye la matriz ya no le importa sólo las relaciones entre ciudadanos, sino que comienza a importarle lo que ocurre en un espacio geográfico sobre el que se extiende su poder y al que trata de homogeneizar. Los gobernadores provinciales realizan una labor en este sentido a través de sus edictos y de la *lex provintiae*; se trata de fijar las condiciones de la administración pero también de erradicar costumbres, prácticas o leyes que repugnan al *ius civile*. Se van generando así una serie de normas obligatorias en toda la extensión de la demarcación de la provincia (que unifican sectores del Derecho) y se va imponiendo una especie de "orden público" que, emanado del Derecho civil romano, enerva la fuerza de cualquier uso legal cuando choque con el concepto de "civilización" que se desprende del *ius civile*. Por otra parte, se articulaban sistemas de coordinación intraprovinciales, de modo que cuando en una circunscripción existían comunidades jurídicas

diferentes y surgían controversias entre sujetos pertenecientes a dos grupos distintos, los juicios solían confiarse a residentes romanos o a personas de una ciudad neutral, quienes resolvían según los principios que resultasen más adecuados al derecho de ambas partes.

4º. Esa misma inquietud por homogeneizar el tratamiento de las conductas que se producían en un espacio territorial rico en diversidad grupal, pero que cada vez se percibía más como una entidad vertebrada en torno al eje del Imperio, hizo que los Emperadores asumieran ámbitos cada vez mayores de la potestad legislativa y dictasen normas jurídicas de validez universal. Se avanzaba en el camino de una normalización, se ampliaban los derechos que podían disfrutar los peregrinos, se extendía el número de acciones procesales a las que podían tener acceso y se avanzaba hacía una estructuración del poder proyectada sobre una pluralidad de sujetos sometidos al imperio a los que al final se les superpone o se les concede la ciudadanía romana.

5º. La labor del pretor de los peregrinos y el *ius gentium* constituye uno de los avances jurídicos más importantes en la evolución de la Historia del Derecho. No sólo porque constituyó una jurisdicción para entender de los litigios que se suscitasen entre romanos y peregrinos y para resolver los contenciosos que enfrentasen a los peregrinos entre sí; ni tampoco porque transformase al propio *ius civile romanorum* a través de las fórmulas e instituciones con las que se enriquecería en su base, sino sobre todo, porque constituyó

una técnica con la que se inició un proceso de desacralización del Derecho. Apoyado en las nociones de equidad y justicia, era el resultado y la fuente de unas normas que no se hallaban penetradas por el principio de una personalidad-grupal indefectiblemente conectada al factor religioso. Al pretor y al *ius gentium* tenían acceso personas que no se encontraban vinculadas por el elemento aglutinante de la pertenencia a un mismo culto y eso es muy importante para la evolución de esta disciplina. El mayor obstáculo para la toma en consideración de un derecho foráneo y la mayor dificultad para admitir a un extranjero en la jurisdicción de la ciudad venían dados con base en este pilar. La razón que vedaba al extranjero la participación en los homenajes de respeto y sumisión tributados a los dioses de la ciudad, era la misma causa que le impedía ejercitar una acción ante los jueces de esa misma ciudad. Y es que ambas cosas pertenecían al ritual religioso. Cuando nace la jurisdicción del pretor peregrino, se desvincula la acción procesal de la liturgia y entonces el Derecho se aproxima al hombre, se hace más flexible y se dota de una mayor eficacia.

III

La progresiva caída del Imperio de Occidente y la correlativa consolidación de los Reinos visigodos, diseñaron un nuevo escenario en el que se integraban un conjunto de comunidades humanas, dotadas de un grado de autonomía variable, que convivían en un mismo espacio territorial y en el que cada una

conservaba su propio Derecho. *En la primera parte del periodo* que vamos a considerar en esta sección de las conclusiones[487], el principio de la "personalidad de las leyes" –en su sentido grupal- tendió a cobrar un nuevo impulso. Era una consecuencia lógica de la segmentación del poder. Cada grupo tendió a encerrarse en su colectividad y a regirse por sus propias reglas. Sin embargo, no hay que perder de vista que, junto a ese vector se desarrolló otro de signo muy distinto. En efecto, puede detectase con claridad una tendencia hacia la territorialización del Derecho, llevada a cabo por una monarquía que pretendía unificar bajo su corona las normas vigentes en todo su reino. Ambas tendencias coexistieron y, a nivel de Derecho internacional privado, constituyó una etapa de tránsito en la que destacaron los siguientes puntos:

1º. En aquellos momentos los pueblos germánicos habían alcanzado un alto grado de romanización cultural a la que enriquecieron con aportaciones nada desdeñables en el plano de lo jurídico. Se había consolidado una religión común, fuerte y poderosa, que aglutinaba a esos pueblos desvertebrados en torno a la idea de una fraternidad universal de los hijos de Dios. Esta idea proporcionaría una fundamentación lógica a las relaciones entre cristianos pertenecientes a derechos grupales distintos. No obstante hay que tener en cuenta que dentro de esa religión común habían surgido ya divergencias doctrinales y que los visigodos seguían las doctrinas arrianas. Este nuevo enfrentamiento religioso, arrianismo *versus*

[487] El periodo medieval, a efectos de nuestro estudio, lo hemos dividio en dos partes: desde la caida del imperio de occidente hasta el feudalismo y desde la recepción del Derecho romano hasta el renacimiento.

catolicismo, dificultó la integración de los germanos con los pueblos romanos y tuvo consecuencias en el plano del Derecho, al restringir la posibilidad de establecer relaciones jurídicas entre ambas poblaciones, al menos hasta el siglo VI. Los matrimonios mixtos estuvieron prohibidos pero existen indicios que permiten pensar que, a pesar de todo se produjeron.

2º. El "Derecho del comercio internacional" vuelve a resurgir con fuerza en esa época. A partir de textos como el contenido en la *Lex Visigothorum* [XI.3.2. (Antiqua)], puede afirmarse la existencia de una jurisdicción privativa para los *transmarini negotiatores*. Los *telonarios*, cuya función general no nos resulta fácil concretar, aparecen en este plano como un tribunal altamente especializado en asuntos mercantiles, al que se le dotaba de una competencia exclusiva para resolver los conflictos que se suscitasen entre los negociantes de ultramar. Operaban sobre la base de un cuerpo normativo en el que el clausulado de los contratos y los usos interpretativos debieron constituir la base esencial. Durante toda la edad media este sector tuvo una importancia crucial y un tratamiento diferencial. Ni el Derecho germánico, ni el romano vulgar ni, posteriormente, los *iura propia* se adaptaban bien a las necesidades del comercio. Surgieron así instituciones como la del hospedaje, los tribunales de los Cónsules y una regulación decantada con base en las prácticas de los profesionales del medio; es decir, una *lex mercatoria*, cuyo estudio y pervivencia ha despertado un interés muy particular entre los investigadores

contemporáneos de las áreas del Derecho mercantil y del internacional privado.

3º. Entendemos que las *professiones iuris*, utilizadas principalmente en el área franca, constituyeron un instrumento auxiliar del concepto de personalidad grupal y no una fórmula destinada a resolver los conflictos de leyes que pudieran suscitarse. Nos adscribimos a las tesis que sostienen que no sirvieron para resolver la cuestión de qué derecho debía aplicarse en los casos de relaciones mixtas y que operaban en el contexto de una jurisdicción única, con la finalidad de adaptar la composición del tribunal para dar entrada a jueces conocedores del derecho grupal de los litigantes.

4º. *La segunda etapa* de nuestro análisis sobre el Derecho internacional privado en la Edad Media la hemos situado en el momento en el que se producen unas condiciones que permiten detectar, ahora con total nitidez, una preocupación por los problemas específicos de este sector del Derecho y por la búsqueda de unos métodos de solución para los problemas de tráfico externo. Las tres bases que permitieron iniciar la verdadera historia de esta disciplina fueron las siguientes:

i. El sistema feudal legó la pervivencia de un principio de personalidad modificado a través de una larga evolución y sembró el germen de una territorialización del poder y del Derecho que era consustancial a sus planteamientos políticos. Ello permitió llegar a este etadio histórico con dos formas

decantadas de entender el ámbito de vigencia de los preceptos: el propio de las normas que obligaban a todos los que se hallasen en un determinado lugar (territorialidad) y las disposiciones que se dirigían a un determinado grupo de personas por el hecho de hallarse vinculadas a ese grupo (personalidad).

ii. La Iglesia Católica produce una dinámica centralizadora y unificadora de la cristiandad que se tradujo en la idea política de una agrupación universal de comunidades. Por encima de las unidades autónomas diferenciales existe la unión que engendra una fe única y la figura universal del representante de Dios en la tierra. La *Respublica Christiana* ofrece una cobertura mundial en la que el Papa y el Emperador constituyen el vértice común en el que converge la humanidad. La idea constituye, pues, una buena fundamentación para poder dotar de carácter jurídico a las situaciones y relaciones "internacionales".

iii. La recepción del Derecho Romano agrega el elemento aglutinante de una comunión jurídica al dato anterior. A partir de entonces se cuenta con una supraestructura que permite entender que la legitimación e interpretación de los Derechos particulares se encuentra en la cúspide que represeta el *ius commune*.

5º. Sobre esta base comienzan los primeros movimientos estatutarios que buscarán en ese *supraderecho* las bases de racionalidad que permitirán determinar en qué casos pueden aplicarse los estatutos o costumbres de un lugar a los supuestos en los que intervengan "extranjeros". A medida que prende con más

fuerza el Derecho romano, los glosadores van a ir afrontando los problemas de delimitación desde tres perspectivas todas ellas caracterizadas, a nuestro parecer, por una clara prevención hacia los Derechos particulares:

i. Una absolutamente estricta caracterizada por la máxima *"statuta non ligat nisi subditos*" que fue admitiendo excepciones que evocan la técnica de la "*civitas romana peregrino fingitur*"; aunque se diferencia de ella en que no se trata de establecer ficciones sino de determinar los casos en los que realmente puede considerarse como súbdito de los estatutos de una ciudad a una persona foránea.

ii. Otra intermedia construida en atención al resultado de justicia. Se pone de relieve en la glosa de Aldricus, cuando responde a la duda sobre el estatuto aplicable diciendo que debe estarse a la Ley "*...quae potior et utilior videtur. Debet enim judicari secundum quod melius ei visum fuerit"*, inspirándose tal vez, en el criterio romano de abrir al peregrino el acceso a determinadas instituciones del *ius civile* cuando resultase "justo y conveniente", tal y como se hacía en los supuestos de extensión de una *legis actio.* No obstante es de señalar que esta glosa ha recibido multiplicidad de interpretaciones que difieren notablemente unas de otras.

iii. La más abierta marca el fin de la glosa y el comienzo de la época de los comentaristas. Consiste en separar conceptual y prácticamente el *forum* del *ius*, a través de la distinción entre la

litis ordinatio y la *litis decisio*; lo que nos sitúa a las puertas de una transición que, con el nacimiento del *mos italicus,* tendrá una decisiva transcendencia para el proceso de formación del Derecho internacional privado.

IV

La idea de una *Comunitas comunitatum christiana* va desapareciendo progresivamente y va siendo sustituida por una pluralidad de unidades autónomas, desvertebradas entre sí, a cuyo frente si sitúa la figura de un monarca que se considera independiente respecto de cualquier otro poder político superior. Los rasgos principales que marcan la evolución de esta disciplina en el tracto temporal analizado son los siguientes:

1º. En la *Sociedad Internacional de las Monarquías Independientes* se puede apreciar una clara tendencia hacia la unificación jurídica de los Reinos que la integraban. En una carta del Conde-Duque de Olivares dirigida a Felipe IV le recomendaba que tuviese por "…*el negocio más importante de su Monarquía el hacerse rey de España: quiero decir, señor, que no se contente V. M. con ser rey de Portugal, de Aragón, de Valencia, conde de Barcelona, sino que trabaje y piense con consejo mudado y secreto, por reducir estos reynos de que se compone España, al estilo y leyes de Castilla sin ninguna diferencia…*". Esta tendencia chocaría con una resistencia importante en casi todas las naciones. En Francia, las

construcciones de D’Argentré y Dumoulin son un exponente de las dos corrientes apuntadas y del celo que se ponía en la defensa de una y otra. El resultado de esta tensión entre el Derecho de la *Monarquía jurisdiccional y autoritaria* y la pervivencia de los estatutos y costumbres particulares de los países que las integraban, tuvo su traducción en términos de Derecho internacional privado y permitió diferenciar claramente entre los problemas que se suscitaban entre súbditos de Monarquías distintas y las relaciones que se establecían entre personas sujetas a un solo Monarca pero sometidas a leyes diferentes.

2º. Como es lógico, este cambio en la estructura de la Sociedad Internacional ocasionó que la figura del extranjero fuese percibida de otra forma y que se perfilase, a partir de ese momento, con nuevos matices. Los “extranjeros” eran los súbditos de otros reyes. Su país de origen ya no convergía con los demás en un vértice común universalmente aceptado. No existía ninguna estructura superior que articulase las relaciones internacionales en ese plano. En consecuencia emergen dos escollos muy importantes:

i. Ningún Derecho supraestatal, ninguna norma que vinculase al Estado obligaba a las naciones a aplicar en su territorio leyes diferentes a las propias. El Soberano tenía competencia para dictar leyes pero la validez de éstas terminaba donde acabase su poder. No podía pretender que conservasen vigencia más allá de sus fronteras, ni ningún otro Soberano podía imponer que se

reconociese fuerza a sus leyes en el ámbito de una jurisdicción soberana distinta a la suya.

ii. En este panorma no resultaba fácil encontrar una razón de peso que permitiese explicar cómo se podía tomar en consideración en el foro una norma extranjera, cuando se tenía claro que había perdido su vigor legislativo nada más salir de su ámbito natural de vigencia.

Entramos de esta manera en un nuevo escenario de análisis, donde los elementos de las viejas construcciones habían sufrido una transformación radical y donde se había pergeñando una perspectiva que iba a proyectarse, de un modo u otro, hasta épocas muy recientes. Ya no se trataba de buscar una regulación para los asuntos de tráfico externo bajo la cobertura de un manto jurídico común. Tal como se perciben las cosas en ese modelo de Sociedad internacional, los problemas de aplicación de un Derecho extranjero en el foro o del Derecho del foro en el extranjero constituyen un verdadero "*conflicto de soberanías*". La expresión "*conflicto de leyes*" se acuña en esa época y pone de relieve como los autores del periodo percibieron una cierta vinculación entre los problemas que suscitaba el Derecho internacional privado y las soluciones que podían aportarse desde la óptica del Derecho Internacional Público.

3º. El descubrimiento de América, la apertura de nuevas rutas comerciales y el florecimiento de la industria durante un importante segmento de este periodo, impulsaron las relaciones privadas internacionales y reactivaron el íntercurso económico en toda

Europa, haciendo que surgieran y se multiplicasen las instituciones más representativas del capitalismo comercial. Esta situación determinó un crecimiento de los asuntos de Derecho internacional privado y la consecuente necesidad de explorar y habilitar nuevas fórmulas. A título de ejemplo, hemos señalado la aparición en España, en torno a 1.645, de la figura del *juez conservador de extranjeros,* que tiene sus antecedentes en los privilegios que se habían concedidos a los ciudadanos de la Hansa Teutónica que "*por razón del comercio, fueren o vinieren al Reino, o se detuvieren o habitaren en él". *Los intercambios internacionales se favorecen y la presencia de los extranjeros en el territorio de la nación es vista desde un ángulo más positivo, lo que lleva a favorecerla y, hasta cierto punto, a privilegiarla en algunos casos.

4º. La existencia de un tráfico externo abundante y rico en problemas, unida a una concepción fuertemente territorial del Derecho, hizo que se desarrollase significativamente un sector de normas dedicadas a regular la condición del extranjero en el país. No puede perderse de vista que en la mentalidad de la época el término "súbdito" incluía en su concepto a todos los que estuviesen sujetos al poder del soberano; es decir, a todos los que se hallasen dentro de la esfera territorial en la que éste ejercía su poder, ya fuese –como señalara Huber- de manera estable o temporal. Vattel dedica, en su Derecho de Gentes, un capítulo consagrado a las "*reglas respecto de los extrangeros*" y en él no trataba de *"hacer ver lo que la humanidad y la justicia prescriben ácia los estrangeros"*; su intención se orientaba a algo diferente: a

“establecer las reglas del derecho de gentes en esta materia”, lo que resulta muy indicativo. La ordenación del estatuto del extranjero, dentro de unos límites fijados por el Derecho de Gentes, se realizaba con base en el poder del soberano para mandar en todo su territorio y a todos sus habitantes. Las normas ya no sólo se dictaban para regir las conductas de un grupo social homogéneo, sino para regular los acontecimientos que se producían y las voluntades que se manifiestaban en el territorio donde mandaba el Soberano. El objeto del Derecho internacional privado se diversificó a partir de aquí en dos frentes: el primero atendía a los derechos de los que gozaban los extranjeros en el territorio y el segundo se ocupaba del régimen jurídico de las relaciones que podían configurar en uso de esos derechos. El derecho de extranjería así entendido, servía para establecer, de un lado, el conjunto de condiciones y cargas a las que quedaba sometido un no ciudadano en el territorio del Estado, así como el conjunto de derechos y libertades de que podía disfrutar según su grado de arraigo. De otro lado, tendría la función de delimitar el marco en el que podía desenvolverse la capacidad de obrar de un extranjero. Por su parte el Derecho internacional privado, *propio sensu*, limitaba sus funciones a la determinación de los casos en los que se debía aplicar una ley extranjera en el foro y a la concreción de los supuestos en los que la ley del foro debía aplicarse extraterritorialmente.

5º. Esas normas que se promulgaban para fijar los derechos que podían ejercitar los extranjeros en el territorio estatal encontraban

su fundamento en los dos primeros principios de Huber y su juego regulador directo no suscitaba ningún problema especial. Las preocupaciones en torno al núcleo de nuestra disciplina se produjeron en el ámbito del tercero de estos principios. Había que buscar una justificación que abriese la posibilidad de aplicar un Derecho extranjero en el foro y fundamentar, correlativamente, la extraterritorialidad de las normas propias. Pero había que hacerlo de tal manera que la norma reclamada conservase intacta su eficacia jurídica sin afectar el poder soberano del país que la importaba. El fundamento que aporta la estatutaria del periodo puede parecer impreciso; *de comitate o de humanitate* es factible aplicar en el foro una Ley distinta a la propia (siempre que se haga dentro de un marco de precauciones destinadas a preservar el poder del soberano y los derechos de sus súbditos). Pues bien, lo que se pretende con esta formulación es acentuar dos ideas cardinales: en primer lugar, que la aplicación de una norma extranjera debe ser siempre excepcional y, en segundo lugar, que debe ser necesaria para satisfacer los intereses de justicia del foro. En esas condiciones el "conflicto" entre las leyes en presencia puede ser resuelto a favor de la extranjera en los demás no. A partir de allí se sigue en la línea de agrupación estatutaria, pretendiendo determinar cuales son los conjuntos normativos que pueden considerarse extraterritoriales y cuales no. En esto último no se avanzó gran cosa, pero en la búsqueda de la nueva fundamentación si se progresó de modo revelador. Para culminar la evolución en este aspecto habría que esperar a que la doctrina anglosajona, apoyándose en la

construcción de Huber, llegase a considerar claramente que el soporte que permite a la norma extranjera conservar su eficacia jurídica más allá del ámbito de poder de su autoridad portadora, se encuentra en la propia *lex fori*. Es el Sistema del foro el que la hace suya y la dota de la eficacia de la que pudiese adolecer.

V

Cuando nuestro análisis aborda el siglo XIX, se empiezan a percibir los elementos claves que conforman el concepto, contenido y función del Derecho internacional privado contemporáneo. En efecto, aunque desde entonces se han producido un gran número de mutaciones y cambios significativos, lo que si parece cierto es que en el tránsito del siglo XVIII al XIX y durante el decurso de éste último y en los albores del XX, tuvieron lugar muchos de los acontecimientos que marcarían el presente. En sede de estas conclusiones vamos a retener los siguientes elementos:

i. La sustitución de la titularidad de la soberanía estatal, que –no sin muchas vicisitudes- comenzaría a desplazarse del soberano al pueblo, sustituyendo el principio de *legitimidad* por el de *nacionalidad*.

ii. Una nueva concepción de la estructura de la sociedad internacional que incluía la apertura de una larga ruta hacia el reconocimiento de unos derechos humanos inalienables.

iii. El florecer de una metodología jurídica que abría nuevos caminos de reflexión en el campo del Derecho en general y del Derecho internacional privado en particular.

iv. Un nuevo enfoque sobre la fundamentación de esta rama del Derecho y una transformación de las técnicas utilizadas para solucionar los asuntos del "tráfico externo".

Sobre la base de estos cuatro puntos vamos a resaltar las siguientes conclusiones:

1º. El principio de la *nacionalidad* significó muchas cosas. En ciertos casos sirvió para apoyar el proceso de algunos pueblos que aspiraban a transformarse en Estados y, en otros, sólo significó un cambio en la titularidad de la soberanía. Lo que si tuvo en común en todos estos supuestos fue el que constituyó una nueva forma de entender el Derecho. El Sistema jurídico era el conjunto de normas que ordenaban la vida de cada "nación" atendiendo a sus caracteres, idiosincrasia y condiciones históricas, políticas y económicas. El Estado se configuraba como el ente resultante de una asociación humana que se constituía para garantizar los derechos y las libertades de los individuos que componían la nación. Cada orden jurídico atendía a las necesidades y particularidades del grupo que lo establecía. Cada Derecho servía para satisfacer las necesidades del conjunto de los ciudadanos y, en consecuencia, como expresase certeramente Montesquieu, se llegó al convencimiento de que sería una gran casualidad que las leyes de una nación pudiesen servir para otra. A nivel de Derecho internacional privado esta concepción

trae a la memoria fórmulas muy antiguas. En definitiva, el contrato social, aun reconocido como imagen ahistórica, nos evoca de inmediato las concepciones que sustentaron la organización de la πολισ griega y de la *civitas* romana en sus orígenes. Y, como resulta obvio, esto trajo consigo una revitalización de la personalidad de las leyes y una debilitación de la territorialidad, por cuanto el espacio geográfico en el que se asentaba la nación no significaba más de lo que representa el domicilio para una persona.

2º. La *Declaración de Independencia* de los Estados Unidos de América y los postulados de la *Revolución Francesa* sembrarón un germen que fue fructificando a lo largo del siglo XIX y transformó la ecuación súbdito/norma en la de ciudadano/norma. En otros términos, en el Antiguo Régimen la persona estaba sometida a la norma, porque la ley era la expresión de la voluntad del soberano legítimo y, en consecuencia, todo sujeto se hallaba sometido a ella en razón de vivir, o simplemente encontrarse, en el espacio territorial donde el Monarca ejercía su poder. En las nuevas concepciones, el ciudadano era el depositario de la legitimidad para la producción de las normas. El Sistema jurídico era expresión de su voluntad colectivizada en la nación; es decir, contenía los derechos que la nación se otorgaba a sí misma. Por lo tanto, su situación ante la ley había cambiado. Ya no se trataba de saber de qué leyes era súbdito, sino de saber cuáles eran las leyes que se daba su nación para ordenar los comportamientos y situaciones; y en el término nación, él -como nacional- estaba incluído. Además, el orden internacional iba reconociendo que los Estados se

fundamentaban en la nación (o naciones) que los componían y que los hombres se vinculaban en un espacio ecuménico socializando en él algunas de sus relaciones. La reflexión científica en el campo del Derecho internacional privado iría cambiando correlativamente sus coordenadas de partida. Ya no se trataba tanto de delimitar los ámbitos de eficacia de las leyes dictadas por los Soberanos, como de saber qué ley era la apropiada para regir las situaciones o relaciones de tráfico externo.

3º. Esta concepción daría lugar a una serie de planteamientos complejos de los que vamos a retener dos de ellos:

i. Un sector consideraba que las leyes que regían el estado y capacidad de las personas debían seguir a éstas por doquiera se encontrasen. Era el estatuto del que las había dotado su nación y la nación, como fundamento del Derecho Internacional o Derecho de Gentes, constituía el fundamento que explicaba el por qué debería ser respetada esa condición personal en cualquier lugar. El reconocimiento internacional de los atributos que asignaba ley nacional a sus ciudadanos, era la expresión del respeto de los Estados hacia los demás componentes de esa *Sociedad Internacional de Naciones Civilizadas*. Sólo el orden público, destinado a salvaguardar la coherencia interna de cada Sistema, podía enervar el juego de ese principio básico. Al margen de ello se aceptaba, entre otras excepciones, la territorialidad de las leyes que regían cuestiones atinentes al

estatuto real o al formal y se reconocía un margen de juego a la autonomía de la voluntad.

ii. El sector más vinculado a la idea de que el principio de nacionalidad no suponía nada más que un cambio en la titularidad de la soberanía, se hallaba más arraigado en otros planteamientos. Consideraba que efectivamente la nación, como conjunto de ciudadanos, era el fundamento del Estado, pero que junto ese elemento convivían otros de caracter histórico y territorial. Se legislaba para un grupo y para lo que ocurriese en el espacio de la nación y nadie podía pretender que su legislación se aplicase en un territorio distinto o definiese el estatuto de otros ciudadanos. Desde esta óptica la construcción era distinta. Cada Sistema debía tener su propia normativa de Derecho internacional privado, lo que incluía las normas que determinan cuando un asunto puede ser juzgado en el foro y cuando no. En caso afirmativo lo lógico es que se aplicase la *lex fori* al fondo del asunto; y ello por las mismas razones que llevaron a determinar la competencia del tribunal que entendía del caso planteado; es decir, porque se trataba de un problema que incumbía a la jurisdicción que lo estaba ventilando. Ahora bien, sobre la base del espíritu y finalidad que puediera desprenderse de las propias normas internas que hubiesen resultado de aplicación al supuesto en causa, era muy posible llegar a apreciar claramente que el propio Ordenamiento quería que se aplicasen normas extranjeras. Pues bien, cuando esto ocurriese había que tener muy claro que las disposiciones foráneas habían sido

reclamadas para que formasen parte del propio Sistema jurídico y para que se aplicasen como tales; es decir, como normas propias.

4º. El desarrollo de estos planteamientos dieron lugar a una serie de corrientes metodológicas que buscaban, como así había sido hasta entonces, una armonía internacional de las soluciones que se obtuviesen. Una persona no podía alcanzar la mayoría de edad en un país y ser considerado incapaz, en razón de su minoridad, en otro. Para ello se trataba de deducir de las normas del Derecho Internacional unos principios inconcusos que debieran aceptar todos los Estados, o recurrir a la acción de unas costumbres, *in fieri* o in *factum esse*, para establecer un sistema de Derecho internacional privado común a todas las naciones civilizadas. De no ser posible encontrar en las leyes o usos internacionales un camino de armonización que afianzase estos resultados, sería preciso recurrir, bien a la doctrina más autorizada, o bien a los acuerdos de voluntades manifestados a través de tratados internacionales para unificar las reglas relativas al "conflicto de leyes". Todas las construcciones de este periodo suelen llevar este sello. Habrá que esperar todavía un cierto tiempo para que las tesis del particularismo se fueran afianzando. Esta última corriente, más en línea con los postulados inherentes a la doctrina anglosajona, aunque muy diferentes en sus conclusiones, entendió que este sector del Derecho, al igual que los demás, debía responder a los propios principios que informan el Sistema estatal, buscando los

objetivos de justicia y coherencia en línea con sus propias convicciones jurídicas.

5º. Pero quizás lo más destacable de toda la etapa analizada sea la construcción de Savigny, al menos porque su impronta sigue viva en nuestros días. Como miembro prominente de la Escuela Histórica, entendía que las fuentes superiores del Derecho eran aquellas que estuviesen arraigadas en el *Volkgeist*; es decir, aquellas "*en las que se manifiesta, de modo más puro e inmediato, el espíritu del pueblo*" o dicho en otros términos, la costumbre debía primar sobre la Ley. Sin embargo, cuando aborda el estudio del Derecho internacional privado, se encuentra con que esta área jurídica se configura como una sector en el que ninguna fuente suministra una preceptiva suficiente para resolver los problemas de la colisión entre Sistemas y elabora una brillante teoría general que, a veces, se torna confusa, porque la inercia de sus convicciones le lleva a conjugarla con términos que resultan incoherentes con su propio pensamiento. Intentando depurarla de estas adherencias la hemos recogido en esta memoria doctoral subrayando esquemáticamente los siguientes rasgos:

i. Savigny aceptaba los términos de una *Sociedad Internacional de Estados Civilizados* en la que se apreciaba un espacio ecuménico en el que los individuos socializaban algunas de sus relaciones. La relativa homogeneidad de ese ámbito internacional y el hecho de que los particulares operasen en él, le llevaba a afirmar la existencia de una *Comunidad Jurídica Universal*

integrada por los sectores de cada Ordenamiento particular que expresaban los conceptos aglutinantes de esa civilización común. En consecuencia, existía una cobertura jurídica que permitía fundamentar en ella la aplicación de las normas extranjeras que respondiesen a esos principios comunes.

ii. El partir del ámbito de eficacia de los preceptos de los distintos Sistemas que, teóricamente, concurrían a regular un supuesto privado internacional, constituía un error. Lo entendía así porque concebía al Derecho como un Sistema, como un organismo vivo en el que sus componentes aislados no podían operar correctamente si se les separaba del resto de los mecanismos con los que interactuaban.

iii. Por lo tanto, había que partir de la relación de derecho; había que centrar la atención en el supuesto de la vida real que se sometía a nuestra consideración, para analizarlo y buscar donde se encontraba su verdadera ambientación socio-jurídica.

iv. Una vez descubierta no se trataba de seguir buscando normas que la incluyesen en su esfera de eficacia, sino de someterla al régimen previsto en el Ordenamiento donde tuviese su sede. Allí los diversos elementos normativos se pondrían en acción al entrar en contacto con el supuesto, y construirían la institución jurídica que nos daría la regulación verdaderamente adecuada para regular el problema suscitado.

v. El sistema se completaba con una serie de excepciones que, en definitiva se resumían en tres: las normas de naturaleza

rigurosamente imperativas del foro deben de aplicase siempre; sólo puede aceptarse el régimen jurídico suministrado por otro Sistema cuando se haya realizado con base en elementos que pertenzcan a la *Comunidad Jurídica Universal* y, finalmente, si existiese una norma positiva de Derecho internacional privado en el foro habrá de estarse siempre a lo que en ella se prescriba, aunque fuese contraria a las opiniones personales del juzgador.

Esta construcción fue el eje sobre el que ha girado toda la doctrina posterior en la Europa continental del oeste. Arropada en las demás concepciones descritas, evolucionada a medida que fueron desarrollandose las condiciones de cada etapa subsecuente, atemperada por la aceptación de técnicas anglosajonas y matizada y concretada por el pensamiento moderno y postmoderno, ha servido de soporte a todo el edificio teórico europeo durante más de un siglo.

VI

El Derecho internacional privado de nuestro tiempo está experimentando grandes transformaciones, aunque es preciso reconocer que la mayoría de las construcciones analizadas a lo largo de las páginas de esta memoria han dejado su impronta en su conformación actual. Los rasgos más importantes que, a nuestro juicio, describen a esta etapa serían los siguientes:

i. Una de las primeros características que se constatan es el de la consolidación del método conflictual, seguida de una deconstrucción (doctrinal y, en parte, jurisprudencial) de sus postulados clásicos. Sin embargo el método conflictual sigue vigente y su utilización en muchos ámbitos conduce a resultados difícilmente mejorables por otras vías.

ii. Se ha producido un triunfo de las tendencias particularistas fuertemente atemperado por una serie de vectores que progresivamente han ido cobrando una gran fuerza. Entre ellos destacan:

*La consagración de los Derechos humanos ha situado al hombre como un sujeto dotado de una capacidad jurídica indiscutible y como titular de unos derechos inalienables.

*La existencia de un Derecho internacional privado común en espacios de integración politico-económica, como es el caso de la Unión Europea, ha generado y está generando un universalismo regional o un particularismo parcialmente universalizado.

*La mundialización del tráfico privado internacional reclama soluciones asumibles en los distintos espacios jurídicos que integran el marco de la globalización, lo que en algunos sectores acentúa la preocupación por conseguir una armonía internacional de soluciones.

iii. Por otra parte se aprecia una multiplicación del sistema de fuentes de producción normativa que complica la aplicación e

interpretación del Sistema, particularmente en las áreas de integración.

iv. Una transformación profunda en las características de los fenómenos migratorios.

Sobre la base de estos datos (que no pretenden ser exhaustivos ni siquiera abarcar todos los elementos determinantes) ordenaremos las conclusiones derivadas del estudio de este segmento temporal:

1º. Desde finales del siglo XIX hasta la segunda mitad del siglo XX, puede observarse un proceso de desarrollo del método mutilateral, en el que la doctrina científica analiza, con gran minuciosidad, la estructura lógico-real de la norma de conflicto y estudia sus problemas de aplicación, construyendo una teoría general del Derecho internacional privado enraizada en el análisis del precepto de atribución. En unos primeros momentos la doctrina legal sigue los pasos de esta construcción técnica, bilateralizando reglas unilaterales y jugando con los correctivos funcionales para adaptar las soluciones a los caracteres del Sistema jurídico del foro. A partir de la decada de los años cincuenta ambas doctrinas empiezan a constatar un automatismo pernicioso en las concepciones decantadas y buscan soluciones que flexibilicen el funcionamiento. Se constata que la rigidez de la localización desubica los supuestos de su verdadera ambientación social y jurídica y se abre un proceso de deconstrucción del sistema consolidado. La reconstrucción orienta su objetivo hacia una mayor

flexibilización del método y se avanza por una serie de caminos, que ya habían sido transitados en la época del análisis normológico, pero que se recorren ahora de un modo distinto, con la finalidad de orientar sustancialmente el resultado regulador de un precepto, cuya integración *in casu* resulta siempre una incógnita. Para ello se propondrá actuar sobre el supuesto de hecho de la norma y subdividirlo en cada una de las variantes que pueda adoptar el tipo genérico (en lugar de “contratos” referirse a cada tipo contractual) o proceder a su segmentación; es decir, separar los distintos componentes del tipo retenido y prever una localización distinta para cada uno de ellos en sendas normas de conflicto (capacidad, contractual, forma del contrato, validez de la relación y ley aplicable al fondo del negocio, por ejemplo). Tambien se propone actuar sobre las conexiones para flexibilizarlas, combinarlas o alternarlas, pero todo ello con la finalidad bien clara de conseguir que la solución jurídica se adecue a los parámetros de justicia y utilidad que la *lex fori* busca en la reglamentación de esos supuestos.

2º. El segundo rasgo que destaca (pero no por orden de importancia), se refiere a la consagración de los Derechos Humanos en el panorama internacional, tanto a nivel general como regional. Resulta obvio que una catalogación de una serie de derechos que la humanidad reconoce al individuo en cuanto persona, revoluciona la concepción tradicional entre el sujeto y el Derecho. El hombre, sólo por serlo, es poseedor de un estatuto inalienable, no se lo da el monarca del que es súbdito ni la nación de la que es ciudadano; lo

posee por el sólo hecho de existir. Y esta premisa no es ya una regla de conducta ética o moral, es una norma jurídica que vincula a todos los Estados (en diferentes grados, según sean los compromisos adoptados, pero con un núcleo duro que es común a todos ellos). En consecuencia, la sociedad cerrada a la que se refería Bergson se ha abierto. Hoy toda sociedad tiene el deber jurídico de cumplir con las obligaciones que le impone la normativa internacional en materia de Derechos Humanos para con todos los hombres sean nacionales o extranjeros. Cuanto mayor es el nivel de desarrollo de estos derechos en un país más va a condicionar la regulación del tráfico externo en el ámbito de su Sistema. Así por ejemplo en España, donde se extiende el disfrute de la médula esencial de los derechos y libertades constitucionales a los extranjeros, este dato constituirá un prerrequisito de la regulación (orden público positivo) y un filtro posterior del resultado que se obtenga (orden público negativo). Sea cual fuese la ley aplicable para determinar la aptitud nupcial de un homosexual, su derecho a contraer nupcias en nuestro país no puede depender del contenido de la Ley reclamada. Podrá denegarse el matrimonio por no cumplir con los requisitos que se exijan para poder casarse en España (por ejemplo, cuando ninguno de los contrayentes estuviese domiciliado en nuestro territorio); pero si cumple las condiciones en las que la ley permite el ejercicio de ese derecho, le será reconocido tal y como se entiende en nuestro Sistema el derecho humano a contraer nupcias y tal y como el artículo 13.1 de la Constitución extiende el goce de la libertad que consagra su artículo 32.

3º. El tercer punto a destacar viene dado con base en la mundialización del marco en el que se inscribe la actividad de los particulares. Como consecuencia de la transformación de la estructura económica internacional, de los avances en las comunicaciones y de la tecnología (factores que se integran en torno a una noción amplia de globalización), el panorama actual ha cambiado de forma radical y a una velocidad no apreciable en otras etapas históricas. Elementos claves como la protección del medio ambiente, el cambio climático, la utilización racional de los recursos naturales o la erradicación de la pobreza, interesan a la Sociedad Internacional en su conjunto, generando una línea de acción que influye en la reglamentación del tráfico económico internacional de los particulares. La posibilidad de contratar a distancia a través de instrumentos de comunicación telemáticos y la facilidad de comunicación y desplazamiento han dado origen a una nueva conformación del comercio jurídico internacional. Al incrementarse el número y frecuencia de los contactos entre personas de distintos países, se ha generado un aumento correlativo del tráfico externo, incluso en sectores no vinculados a actividades empresariales, comerciales o de ocio. El aumento de las adopciones internacionales resulta un claro exponente. La adopción de extranjeros en España, por ejemplo, ya no constituye la expresión de un negocio privado, sino una manifestación social de gran envergadura que hace entrar en juego una serie de mecanismos nuevos. De una adopción conflictualmente regulada ha debido transitarse a un sistema de cooperación internacional, en el que la

intervención concertada de las autoridades de los países implicados y la toma en consideración de principios como el del "interés superior del menor" han desplazado las fórmulas anteriores. Lo mismo ocurre en otros ámbitos, aunque las fórmulas varíen; piésese, por ejemplo, en el sector de la protección al consumo. Pues bien, todo ello precisa de una acción normativa, proyectada hacia fenómenos nuevos, que requiere de una gran agilidad en la articulación de soluciones jurídicas y del empleo de técnicas nuevas. Entre todas ellas hemos destacado los sistemas de cooperación entre autoridades administrativas y judiciales de los distintos Estados como uno de los rasgos característicos de la nueva ordenación de un importante conjunto de relaciones privadas internacionales.

4º. Desde un ángulo de enfoque europeo, hemos llamado también la atención sobre el problema que supone la multiplicación de las fuentes de producción normativa en el ámbito de esta disciplina. Hemos hecho especial hincapié en este punto, por cuanto genera dos dificultades en la aplicación del Derecho internacional privado. Por un lado, el severo incremento normativo y la convivencia de las técnicas más antiguas con las más novedosas difícultan en alto grado una aprehensión integral del Sistema en cuanto tal. Por otro lado, la mutiplicidad de fuentes y su especialización hace dificil situar las normas en las terrazas de la pirámide kelseniana, con el objeto de determinar una jerarquía que, en realidad, poco importa en relación con los problemas a los que debemos enfrentarnos. El auténtico fundamento de la incertidumbre que suscita hoy la

cuestión de las fuentes se halla en el principio de especialidad. Con toda razón el Tribunal Constitucional ha dejado claro que no es que una ley orgánica sea una norma superior a una ley ordinaria sino que hay materias que sólo pueden regularse a través de una Ley Orgánica. Lo mismo ocurre con los Reglamentos (CE); no se trata de determinar si están por encima de la ley o no. Lo que que hoy debe preocupar es si el vehículo de positivación utilizado es el idóneo para la materia que se regula. La jerarquía –con ser importante no resuelve las dudas que esto plantea- y esto, a nivel de Derecho internacional privado, es de gran importancia.

5º. Entre la multitud de aspectos que podrían analizarse en la rúbrica a la que se refieren estas conclusiones, hemos retenido en último lugar el del cambio en las características de los movimientos migratorios. Se empieza a percibir una transformación drástica en la conformación de estos flujos. En los momentos inmediatamente anteriores, los desplazamientos a otro país con la finalidad de obtener recursos para la subsistencia familiar o personal, manifestaban una vocación de permanencia en el país de acogida claramente limitada. Ahora en cambio, el arraigo estable, planificado o no, crece por encima de los supuestos de inmigración temporal. Esta situación crea en el seno de los países desarrollados embolsamientos poblacionales en los que se aglutinan personas de distinta cultura jurídica, diversa religión y diferentes hábitos de conducta, produciendo una heterogeneidad social interna que interesa a esta disiciplina. El Derecho internacional privado

moderno debe realizar un esfuerzo de adaptación que se manifiesta en una diversidad de ámbitos:

i. En el sector de la nacionalidad suscita la duda de si se debe o no integrar formalmente al colectivo asentado establemente dentro del ámbito de la ciudadanía y en qué condiciones.

ii. En la parcela del Derecho de extranjería se plantea todo un cúmulo de problemas acerca de cómo conjugar la normativa de la entrada y el establecimiento y de qué manera extender o contraer a sus mínimos legales los derechos y libertades de los extranjeros en el país.

iii. A nivel de conflicto de leyes se trata de si se debe respetar o no su núcleo socio-cultural, aceptando hasta el límite de lo posible el juego extraterritorial de sus estatutos o si es mejor operar a través de conexiones territorializadas –como la residencia habitual, por ejemplo- para dar una mayor amplitud al juego de la ley del foro.

Hasta el momento, un análisis de Derecho internacional privado comparado no permite extraer conclusiones, basadas en la praxis, sobre la oportunidad de cada una de las soluciones posibles. La dialectica *integración/segregación respetuosa* que se ha venido planteando no se ha desarrollado adecuadamente, a nuestro juicio, en ningún país del entorno occidental y por lo tanto este último problema se manifiesta como uno de los más importantes retos con los que se enfrenta la disciplina estudiada en los umbrales del siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado,* Volumen I Tomo I Madrid 1976

Aguilar Navarro, *Derecho internacional Público,* Tomo I Volumen II Madrid 1952

Aguilar Navarro, *Francisco Suárez y el Derecho internacional privado*, R.E.D.I. 1948

Aguilar Navarro, *Observaciones críticas en torno a la Historia del derecho privado internacional,* Anales de la Universidad Hispalense 1959

Aguilera Barchet, *De la legislación motorizada a la legislación inútil*, Santibáñez y otros Hacia un Derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización Madrid 2006

Aguilera Barchet, *Historia de la letra de cambio en España. Seis siglos de práctica trayecticia*, Madrid 1988 (Reedición de 1999)

Alcorta, *Curso de derecho internacional privado,* Tomo I Buenos Aires 1887

Alliot, *Le conflict de lois dans la Grece ancianne,* Tesis Doctoral (inédita) Paris 1953

Amirante, *Captivitis e postliminium*, Nápoles 1950

Angulo Rodríguez, *Objeto, contenido y pluralidad normativa en Derecho internacional privado,* R.E.D.I. 1970

Antequera, *Historia de la Legislación española,* Madrid 1849

Anton, *The Introduction into English Practice of Continental Theories on the Conflict of Laws*, I.C.L.Q. 1956

Arangio-Ruiz, *Historia del Derecho romano,* Madrid 1974

Aristóteles, *Política* (edición bilingüe de Marias y Araujo) CEC Madrid 1989 libro III.

Arriat, *Le Preteur peregrini*, Paris 1955

Asser, *La Codification du Droit international privé. Première conférence tenue a La Haye, du 12 au 27 septembre 1893* Bruselas 1893

Audit, *Le caractére fonctionnel de la régle de conflit (sur la crise des conflits de lois),* R.C.A.D.I. 1984/III

Barbero & Vigil, *La formación del feudalismo en la Península ibérica*, Barcelona 1978

Barcia Trelles, *Francisco Suárez (l548-1617),* R.C.A.D.I. 1933/I

Barcia Trelles, *Westfalia, tres siglos después*, R.E.D.I. 1948

Barile, *Funciones e interpretación del Derecho internacional privado en una perspectiva histórica,* Valladolid 1965

Bartin, *Principes de Droit international privé selon la loi et la jurisprudence française,* (3 volúmenes) Paris 1930, 1932 y 1935

Batiffol, *Aspects philosophiques du Droit international privé,* Paris 1956

Batiffol, *L'état du Droit international privé en France et dans l'Europe continental de l'ouest*, Journal Clunet 1973

Batiffol, *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux,* R.C.A.D.I. 1967/I

Batiffol. *Le pluralisme de méthodes en Droit international privé,* R.C.A.D.I. 1973/II .

Batiffol/Lagarde, *Droit international privé,* Tomo I París 1981

Beale, *Bartolus on the Conflict of Laws*" Cambridge Mass.1914

Becket, *What is Private Internationa1 Law?*" B.Y.B.l.L. 1926

Bellot, *La théorie anglosaxone des Conf1its de lois,* R.C.A.D.l. 1924/II.-

Bernardini, *La produzione di norme giuridiche mediante rinvio,* Milan 1966

Bikerman, *Remarques sur le droit des gens dans la Grèce classique* R.I.D.A. 1950

Binder, *Zur Auflockerung des Deliktsstatus,* Rabels Z. 1955

Biscontini, *Osservazioni sulla funzione delle norme di Diritto internazionale privato"* Ius 1941

Bloch, *La sociedad feudal: La formación de los vínculos de dependencia,* México 1958

Bongert, *Recherches sur les recupeteurs,* Varia, Etudes de Droit Romain Paris 1952

Bonnichon, *La notion de conflit de souverainetés dans la Science des conflits de lois*, Revue Critique 1949

Borrás Rodríguez, *Le Droit international privé communitaire: Problèmes et perspectives d'avenir*, R.C.A.D.I. 2005/I

Boullenois, *Traite de la personnalité et de la réalité des loíx, coutumes, ou statuts, par forme d'Observations*, Paris 1766 (dos tomos)

Brackert, *Zum problem der Schutzgottheiten Griechischer Städte,* Berlin 1976 -

Calasso, *lntroduzione al diritto comune,* Milan 1951

Calasso, *Medioevo del diritto,* Milan 1954

Calvo González, *La institución jurídica,* Málaga 1986

Camacho, *Derecho y rito*, Anuario Estudios Sociales y Jurídicos de la Escuela Social de Granada 1977

Camacho, *Introducción Histórica al estudio del Derecho Romano,* Granada1980

Cansacchi, *Le choix et l´adaptation de la régle étrangère dans le conflit de lois,* R.C.A.D.I. 1953/II

Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado,* Madrid (UNED) 1979

Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid 1971 segunda edición, Madrid 1976 y tercera, Madrid 1983. Entre las dos primeras ediciones se publicó en 1975 una policopiada que incorporó las reformas del Titulo preliminar del Código Civil.

Carrillo Salcedo, *El Derecho internacional en perspectiva histórica,* Madrid 1991

Carrillo Salcedo, *Lección magistral pronunciada con motivo de la inauguración de curso académico 2004-2005*” Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2005

Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y Derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo,* Madrid 1995

Cavers, *Contemporary Conflicts of Law in American Perspective,* R.C.A.D.I. 1970/III

Clerk, *Les mètèques athéniens,* Paris 1893 y segunda edición 1935

D' Argentré, *Sur la coutume de Bretagne*.

D’Ors Pérez Peix, *Estudios sobre la Constitución Antoniana,* A.H.D.E. Tomo XV 1944

D’Ors, *Postliminium in pace,* Revista de la Facultad de Derecho de Madrid 1942

De Miguel Asensio, *Derecho del comercio electrónico,* México 2005

De Nova, *Conflits de Lois et normes fixant leur propre domaine d´application,* Melanges Maury Volumen I Paris 1960

De Nova, *Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws,* R.C.A.D.I. 1966/II

De Nova, *Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international,* Revue Critique 1948

De Visscher, *Droit de capture et Postliminium in pace,* Revue international des droit de l’antiquité 1956

De Visscher, *Teorias y realidades en Derecho internacional público,* Barcelona 1962

Del Vecchio, *Filosofía del Derecho,* Barcelona 1964

Demóstenes, *Discursos privados,* Tomo I Madrid 1983 (Traducción de Coludí)

Derains, *Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales* , Revue de l’Arbitrage 1973/3

Descartes, *El discurso del Método,* Madrid s.f. (Edición y notas de José Bergua)

Dicey, *On private International Law as a branch of the law of England*, Law Quarterly Review 1890-91

Dunant & J. Thomopoulos, *Inscriptions de ceos,* Bull.Crr.Hell./1 1954

Ehrenzweig, *Specific Principles on Private Transnacional Law,* R.C.A.D.I. 1968/II

Ekk, *Peremptory Norms and Private International Law* , R.C.A.D.I.1973/II

Elgeddawy, *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé,* Paris 1971

Escudero, *Curso de Historia del Derecho,* Madrid 2003

Esperson, *Il principio di nazionalità applicato alle e relazioni civili internazionali e riscontro di esso colle norme di diritto internazionale privato sancite dalla legislazione del Regno d 'Italia,* Pavia 1868

Espinar Vicente & Contreras Contreras, *La organización territorial del Estado español: Derecho e Historia,* Revista Sistema noviembre 2005

Espinar Vicente & Corona Romero, *La actividad transnacional de los grandes grupos de empresas y el Derecho Internacional,* Madrid 1977

Espinar Vicente, *Teoría General del Derecho internacional privado,* Madrid 2000

Espinar Vicente, *Algunas consideraciones en torno al desarrollo histórico del derecho internacional privado en la Grecia de las ciudades,* Revista de Derecho Privado 1980.

Espinar Vicente, *Curso de Derecho internacional privado español. Técnicas de positivación y normas,* Madrid 1991

Espinar Vicente, *Derecho internacional privado* Madrid, U.A.H. 2002

Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado,* Madrid 1997

Espinar Vicente, *Extranjería e inmigración en España,* Madrid 2006

Espinar Vicente, *La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico,* Madrid 1979

Eurípides, *Tragedias,* Madrid 1985 (Traducción de Calvo Martínez y García Gual)

Evirigenis, *Tendances doctrinales actuelles en Droit international privé*, R.C.A.D.I. 1966/II

Fernández de Córdoba, *El ius gentium de los romanos y el derecho internacional romano*, Madrid 1904

Fernández Rozas & Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid 1996

Fernández Rozas, Arenas García y de Miguel Asensio, *Derecho de los Negocios Internacionales* Madrid 2007

Fernández Rozas, *Ius Mercatorum*, Revista del Consejo General del Notariado 2004

Flakenberg, *La filosofía alemana desde Kant*" (traducción y adiciones de Giner) Madrid 1906

Francescakis, *Lois d´application immédiate et règle de conflit,* R.E.D.I.P. 1967

Francescakis, *Droit naturel et Droit internacional privé,* Mélanges Maury Paris 1960

Francesckis, *Conflits de lois (principes generaux)*, Encyclopédie Juridique Dalloz, Repertoire de Droit international Paris 1967/I

Fuenteseca, *Derecho privado romano,* Madrid 1978

Fuenteseca, *El gran dilema histórico del pensamiento jurídico europeo,* Madrid 1977

Fuenteseca, *Lecciones de Historia del Derecho Romano,* Madrid 1975

Fuenteseca, *Origenes y perfiles clásicos del postliminium,* A.H.D.E. 1951/52

Fustel de Coulanges, *La Cité antique* Barcelona 1987 (Traducción de Carlos A. Martín)

Gala Muñoz, *Diez años de proceso globalizador*, Temas para el debate 2004

Gala Muñoz, *El proceso globalizador en perspectiva*, Principios 2005/2

García de Enterría, González Campos y Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo,* Madrid 1986

García de Valdeavellano, *Curso de Historia de la Instituciones Españolas*, Madrid 1973

García de Valdeavellano, *Historia de España,* Volumen I Primera Parte Madrid 1973

García Gallo, *Curso de Historia del Derecho Español,* Tomo II Volumen l Madrid

García Rodríguez, *La protección de las inversiones exteriores,* Valencia 2005

García-Gallo, *Manual de Historia del Derecho Español*, Volumen II Madrid 1964

García-Gallo, *Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas*, A.H.D.E.1974

García-Gallo, *Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda*, A.H.D.E.1941

Garrison, *Les hôtes et L´hébergement des étrangers au moyen âge. Quelques solutions de droit comparé,* Etudes d´Histoire du Droit privé offertes a Petot. Paris 1959

Gautier, *Symbola. Les étrangers et la justice dans les cités grecques,* Nancy 1972

Glozt "*Histoire Grecque*" Tomo II

Gloztz, *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris 1904

Gondra Romero, *La moderna lex mercatoria y la unificación del Derecho del comercio internacional,* Revista de Derecho Mercantil 1972

González Campos & Fernández Rozas, *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*, Madrid 1983

González Campos, *Cours General de Droit international privé,* R.C.A.D.I. 2002/I

González Campos, *Curso de Derecho internacional privado. Parte General*, Madrid 1981-82 (Policopiado por la U.A.M.) -

González Campos, *El paradigma de la norma de conflicto multilateral*, Homenaje al profesor Menéndez Madrid 1996

González Campos, *Les liens entre la compétence judiciaire el la compétence législative en Droit international privé,* R.C.A.D.l. 1976/IV

González Campos, *Nota sobre la sentencia Benedicto c. Barquero de 15 de Abril de 1966*, R.E.D.I. 1967

Gothot, *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en Droit international privé*, R.C.D.I.P. 1971

Grimal, *El helenismo y el auge de Roma,* Madrid 1979

Grimberg*, La Grece et les origenes de la puissance romanine,* Paris 1963

Gual Camarena, *El Hospedaje hispano medieval*, Anuario de Historia del Derecho Español 1962

Guarino, *Salvio Julianus. Profilo bibliografico,* Catania 1945

Gutzwiller, *Le développement historique du Droit international privé* R.C.A.D.I. 1929/IV

Guzmán Zapater, *Derecho Internacional y Derecho internacional privado. Problemas de aplicación de sus normas*, Madrid 2006;

Hampl, *Poleis ohne territorium*, Klio nº 32

Hannotiau, *Le Droit international privé americain*, Paris 1979

Hansen, *Demografy and democracy. The number of Athenians citizens in the fourth century*, Dinamarca 1986

Harrison, *The law of Athens,*» Tomo I Oxford 1968, Tomo II Oxford 1971

Hauser, *Historia social de la literatura y el Arte,* Tomo I. Madrid 1971

Henry, *Treatise on the Difference and its Effects on Foreign Judgments and Contracts, Marriages and Wills between Personal and Real Statutes,* Londres 1823. -

Herodoto, *Historia de las guerras médicas,* Madrid 1988/92 Volumen V

Herrero Rubio, *Historia del Derecho de Gentes,* Valladolid 1967

Hinsley, *El concepto de soberanía*, Barcelona 1972 (Traducción de Morera y Blandí)

Homero, *La Iliada,* Madrid 1956

Homero, *La Odisea*, Barcelona 1964 (Traducción de Segalá y Estalella)

Iglesias, *Derecho Romano,* Barcelona 1972

Iglesias, *Visión titoliviana de la historia de Roma*, A.H.D.E.1956,

Imbert, *Postliminium*, Paris 1944

Isocrates, *DiscursosPrivados* Tomo I Madrid 1979 (Traducción de Guzmán Hermida)

Jarde, *Les céréales dans l´Antiquité grecque. La Production,* Paris 1925

Juenger, *American and European Conflict Law*, A.J.C. L. 1982

Juenger, *General Course on Private International Law, R.C.A.D.I*. 1985/IV

Karaquillo, *Etude de quelques manifestation des lois d´application immédiate dans la jurisprudence française de Droit international privé,*» París 1977

Kegel, *The Crisis of Conflits Laws*, R.C.A.D.I. 1964/II.

Kelsen, *Teoría Pura del Derecho,* Universidad Nacional Autónoma Mexico 1983 (Traducción de Vernengo)

Khan, *La vente commerciale internationale,* Paris 1961

Kisch, *La loi la plus favorable. Reflexions á propos de l´article 9 (3) 2 de la loi uniforme Benelux,* Ius et Lege. Homenaje a Gutwiller, Basilea 1959

Kuhn, La *conception du Droit international privé D'après la doctrine et pratique aux Etats-Unis,* R.C.A.D.I. 1928/1

Kunkel, *Fide sals schöpferisches Shuldrecht*, Festchrift KoschaKer, Veimar 1939.

Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, Barcelona 1973

Laeger, *Los ideales de la cultura griega,* México (Traducción de Xirau y Roces)

Lagarde, *Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain,* R.C.A.D.I. 1986/I

Lainé, *Droit internacional privé* Volumen I Paris 1888 (Reimpresión de 1970 en Glashüten in Taunus)

Laurent, *Droit Civil Internacional*, Tomo I Bruselas 1880

Laurent, *Estudios sobre la Historia de la Humanidad,* Tomo III Madrid 1875 (Traducción de Lizárraga)

Levy-Bruhl, *La condition du Romain a l'étranger, quelques problèmes du très ancien droit romain,* Paris 1934

Lewald, *Conflits de lois dans le monde grec et romain,* Revue Critique 1968

Lewald, *Règles générales des conflits de lois,* R.C.A.D.I. 1939/III

Lipsius, *Das attische Recht. und Rechtsverfahren.* Tomo II Leipzig.1905-1914

LLewelyn Davies, *The influence of Huber's De Conflictu Legum on English Private International Law,* B.Y.I.L 1937

Lorenzen, *Story's Commentaries on the Conflicts of Laws One Hundred Years After,* Harvard Law Review 1934,

Louis, *Les règlements de la Communauté économique européenne,* Bruselas 1.969

Louis-Lucas, *Territorialisme et nationalisme dans l´oeuvre de J.P. Niboyet*, Travaux du Comité français de Droit international privé Paris 1955

Loussouarn, *La reglé de conflit est-elle neutre ?* , Travaux du Comité Français de Droit international 1980-81

MacDowell, *The law in classical Athens*, Nueva York 1995

Mancini, *Diritto internazionale,* Napo1es 1873

Mancini, *ll principio di nacionalita,* Roma 1920

Mangas & Liñan, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea,* Madrid 2005

Maridakis, *Introduction au Droit international privé*, R.C.A.D.I. 1962/I

Maridakis, *Isócrate Eginétique. Contribution à l´histoire du droit international prive,* Melanges Streit Tomo I 1939

Marini Avonzo, *Critica textuale e studio storico del diritto,* Turín 1973

Matlingly, *Historia del Mundo Moderno,* Barcelona 1974

Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona 1962

Maury, Règles *générales des conflits de lois. Contribution a la technique du Droit international privé*, R.C.A.D.I. 1939/IV

Mayer, *Les lois de police etrangeres* ,Clunet 1981

Mayer, *Zur Constitutio Antoniniana*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanische Abteilung, XLVI

Meijers, *L´histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partis de Moyen Age, spécialement dans l´Europe occidentale,* R.C.A.D.I. 1934/III

Menéndez Pidal, *Idea Imperial de Carlos V,* Madrid, 1955

Miaja de la Muela, *De la territorialidad de las leyes a la nueva técnica del Derecho internacional privado,* Valladolid 1977

Miaja de la Muela, *Introducción al Derecho internacional público,* Madrid 1979

Minguijón, *Historia del Derecho español* Volumen II Barcelona 1927-

Mitchell, *The Economics of Ancient Greece,* Cambridge 1940 (Existe una segunda edición de 1952).

Mónica Guzmán Zapater, *Derecho Internacional y Derecho internacional privado. Problemas de aplicación de sus normas,* Madrid 2006;

Morris, *The Proper Law of a Tort*, Harvard Law Review abril 1950

Nadelman, Some *Historical Notes on the Doctrinal Sources of American Conflicts Law,* Ius et Lex, Festgabe Max Gutzwiller Basilea 1959

Nadelmann, *Joseph Story's Contribution to American Conflict of Laws: a Comment,* Conflict of Laws International and Interstate La Haya 1972

Nadelmann, *Some Historical Notes on the Doctrinal Sources of American Conflicts Law,* Conflicts of Laws: International and Interstate La Haya 1972

Nadelmann, *Wächter's Essay on the Collision of Private Laws of Differents Status,* A.J.C.L. 1964

Nawiasky, *Teoría general del Derecho,* Madrid 1962 (Traducción de Zafra Valverde)

Niboyet , *Traité de Droit international privé français,* Volumen III París 1944

Niederer, *Ceterum quaero de legum imperii romani conflictu,* Revue Critique 1960

Nippold, Le *développement historique du Droit international depuis le Congrès de Vienne,* R.C.A.D.I. 1924/I

Nussbaum, *Historia del Derecho internacional* Madrid s.f. (traducción a la de Nueva York de 1947)

Nussbaum, *Principios del derecho internacional privado,* Buenos Aires 1947

Nys, *Les origines du Droit international,* Bruselas-París 1854

Orlandis, *Historia social y económica de la España visigoda*, Madrid 1975

Paoli, *Altri Studi di diritto Greco e Romano*, Milan 1976

Paradisi, *L´Amitié internationale les phases critiques de son ancienne histoire*, R.C.A.D.I. 1951/I

Parra–Aranguren, *General Course of Private international Law. Selected Problems*, R.C.A.D.I. 1988/III

Pastor Ridruejo, *Sobre la existencia del Derecho internacional privado en Roma*, Temis 1967

Patocchi, *Régles de rattachement localisatrices et réglés de rattachement á caractére substanntiel*, Ginebra 1985

Pecourt García, *Una institución singular en la historia del Derecho internacional privado español: el Fuero de extranjería*, Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al profesor Luis Sela Sempil. Oviedo 1970

Pérez Martín, *Los extranjeros y el Derecho en la antigua Grecia*, Madrid 2001

Pérez Prendes, *Curso de Historia del derecho español*, Volumen I Madrid 1978

Pérez Prendes, *Instituciones medievales*, Madrid 1997

Perez Vera, *El Derecho del foro ante el método de atribución: Reflexiones en torno a su juego prioritario,* Estudios de Derecho Internacional Público y privado. Libro homenaje al profesor Luis Sela Sempil Oviedo 1970

Pérez-Bustamente, *Historia de la Unión Europea*, Madrid 1997

Pillet, *Théorie continentale des conflits de lois*, R.C.A.D.I. 1924/I

Pillet, *Essai d'un système général de solution des conflits de lois,* Journal Clunet 1894-96.

Previté-Orton, *Historia del mundo en la Edad Media,* Volumen I Barcelona 1978

Rabel, *The Conflicts of laws: a Comparative Study*, Michigan 1958

Reese, *Discusión on major areas of choice of Law*, R.C.A.D.I. 1964/I

Reeves, *La communauté internationale,* R.C.A.D.I. 1924/II

Rehme, *Historia Universal del Derecho Mercantil,* Madrid 1941

Remiro Brottons, *Reglas de conflicto y normas materiales en Derecho internacional privado,* Temis Simbolae García Arias Zaragoza 1973/74

Richardson, *The ownership of Roma land: Tiberius Gracchus and the Italians*, The Journal of Roma Studies Volumen LXX 1980

Rodríguez Carrion, *Memoria sobre el concepto, método y fuentes del Derecho internacional Publico*" Madrid 1978 (inédita)

Ruiloba Santana, *Conflictos de leyes y ius gentium en el mundo jurídico Romano,* Homenaje a Santa Cruz Tejeiro, Valencia 1974

Sack, *Conflicts of Laws in the History of English Law*, Law: A Century of Progress, 1835-1935 Nueva York 1937

Sanchez Albornoz, *En torno a lo orígenes del feudalismo,* Mendoza 1942

Sánchez Lorenzo, Postmodernismo y Derecho internacional privado, R.E.D.I. 1994

Savigny, *Geschichte des Römanische Recht in Mittelalter,* Volumen I 1834

Savigny, *Histoire du Droit Romain au Moyen Age,* París 1839 (Traducción de Guenoux)

Savigny, *Sistema de Derecho Romano Actual,* Tomo VI Madrid s.f. (Traducción de Mesía y Poley)

Schmidlin, *Das rekuperatorenverfahren,* Friburgo 1963

Schönbauer, *Studien zum personalitätsprinzip im antiken Recht,* ZSS 1929

Schwind, *Internacionales Privatrecht und Römisches Recht,* Labeo 1967

Seferiades, *Principes généraux du Droit international de la paix,* R.C.A.D.I. 1930

Serrao, *La iurisdictio del praetor peregrino,* Milan 1954

Stalev, *Nature et Fonction du Droit international privé,* Nouka i iskuostova Sofía 1982

Story, *Commentaries on the Conflict of Laws foreign and domestic in regard to Contracts, Rights an Remedies and specially in regard to marriages, divorces, wills, successions and judgements,* Boston 1841 (la primera edición es de 1934)-

Sturm, *Comment l'antiquité réglait-elle ses conflits de lois*, Clunet 1979

Tenekides, *Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des cités*, R.C.A.D.I**.** 1956/

Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho español,* Madrid 1981

Torrent, *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza 1990

Torrent, *Derecho público romano y sistema de fuentes,* Oviedo 1979 y Zaragoza 1988

Torrent, *Salvius Julianus,* Salamanca 1971

Torres Campos, *Bases de una legislación sobre extraterritorialidad,* Madrid 1896

Torres Campos, *Principios de Derecho internacional privado,* Madrid 1883

Torres López, *Lecciones de Historia del Derecho español* Volumen II Salamanca 1936

Truyol y Serra, *Fundamentos de Derecho Internacional Público,* Madrid 1970

Tucídides, Historia de la guerra de Peloponeso, (3 volumenes) Madrid 1990/1991 /Traducción de Torres Esbarranch)

Van Hecke, *Principes et méthodes de solutions des conflits de lois,* R.C.A.D.I.1969 /I

Van Kan, *Regles génèrales du Droit de la Paix. L´idée de l´organisation international dans ses grandes phases,* R.C.A.D.I. 1938/IV

Vassilakakis, *Orientations méthodologiques dans les codifications récents du Droit international privé en Europe,* Paris 1987

Vattel *"Derecho de Gentes"* Tomos I, II y III Madrid l820 (Traducción de M. Pascual Hernández)

Vazquez de Prada, *Historia económica mundial,* Tomo I Madrid 1966

Vernant, *Mito y religión en la Grecia antigua,* Barcelona 1991 (Traducción de S. Maria del Carril)

Vicens Vives, *Historia general moderna*, Barcelona 1971

Visscher. *La Constitution Antonine et la dynastie des Sévêres,* R.I.D.A 1961

Vitta, *The Impact in Europe of the American Conflicts Revolutions,* A.J.C.L. 1982

Volterra, *La perte du droit de cité d'aprés les juristes postclassiques,* R.I.D.A.1958

Volterra, *Quelques problèmes concernant les conflits de lois dans l'antiquité,* A.D.Inz.1966

Von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrecht,* Hannover 1862

Von Overbek, *Les questions générales du Droit international privé a la lumière des codifications récents,* R.C.A.D.I. 1982/III

Von Wilamowitz-Moellendorf, *Demotica der motoeken,* Hermes nº 52 1887

Wengler, *The General Principales of Private Internacional Law,* R.C.A.D.I. 1961

Wesenberg, *Zur frage eines Römischen internationalen Privatrechts*, Labeo 1957

Wilhem, *La metodología jurídica en el siglo XIX,* Madrid 1980

Wilks, *The problem of sovereignty in the Later Middle Ages,* Cambridge 1964

Wolf, *Le Droit provincial dans las province romaine d´Arabie,* R.I.D.A. 1976

Zapatero Miguel, *Derecho del Comercio Global*, Madrid 2003
Zeumer, *Historia de la legislación visigótica*, Barcelona 1944